الجوانب القانونية
للتجارة الدولية

دكتور
عبدالسند حسن يمامه

رئيس قسم القانون الدولى الخاص
كلية الحقوق - جامعة المنوفيه

٢٠٠٥

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمـــة

من المسائل المستجدة والحديثة والتي لم يعرفها التاريخ البشري الا حديثاً جداً منذ عقدين من الزمان مسألة المعاملات الالكترونية والتجارة الالكترونية علي اختلاف اشكالها ، وطرق ابرامها ومن عناصر "التوقيع الالكتروني " والذي يشكل حلقه محوريه في هذه المنظومة وكونه يحقق وظائف اساسيه في هذه التعاملات ، الامر الذي اوجب صدور قوانين خاصة به في بعض الدول ، اضافه لقوانين المعاملات الالكترونية لتعريفه ويفصل مسائله واحكامه.

وسنعرض للقسم الأول من هذه الدراسة في أربع فصـول :

الفصل الأول : ما هي التجارة الإلكترونية .

الفصل الثاني : التنظيم الدولي لعقود التجارة الإلكترونية.

الفصل الثالث : موقف الشريعة الإسلامية من المعاملات الإلكترونية .

الفصل الرابع : القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية في التشريع المصري .

الفصل الخامس : عقد التجارة الإلكتروني الدولي .

الفصل الاول

ما هي التجارة الألكترونية

أولاً : تطور التجارة الألكترونية

انعكس التقدم الذي حدث في العلوم الطبيعيه والتكنولوجية علي التجاره وهي النشاط الذي بدأ مع حياة البشر علي تبادل السلع والخدمات فاستخدمت تكنولوجيا الحاسبات ، المعلوماتيه والاتصالات في الأعمال التجارية وظهرت آثار لتلك التكنولوجيا في مجال الأعمال بوجه عام فظهرت التجارة الألكترونية والأعمال الإلكترونية والحكومه الإلكترونيه واصبح من الضروري توافر الثقه والأمان وتحقق امن المعلومات والاتصالات والتنظيم القانوني المناسب سواء الوقائي او العلاجي خاصه وان مجال التجارة الألكترونيه مجال بالغ متسع ويزداد اتساعاً كل يوم ويشمل حالياً إنشاء وتسجيل المواقع الخاصه بالشركات والتجارة للتعامل التجاري الإلكتروني وتبادل البيانات الإلكترونيه عن السلع والخدمات والمراسلات الإلكترونية ، فضلاً عن التعاملات المصرفيه الإلكترونيه واصدار الفواتير الإلكترونيه

واعمال الدعاية عن التجارة الإلكترونيه والتفاوض على الصفقات التجارية بالوسائل الإلكترونيه وعقود البيع الفوري للسلع والخدمات علي الانترنت والشبكات الأخري وابرام عقود بيع السلع والخدمات علي الانترنت وسداد الإلتزامات الماليه الناجمة عن عقود التجارة الإلكترونيه والمتابعه الإلكترونيه لعمليات التعاقد وتنفيذ الصفقات والتوزيع للسلع والخدمات ، وقد يقتصر التطور في مجتمع من المجتمعات علي كل او علي بعض هذه الانواع من التعامل التجاري الإلكتروني ٠

وتتنوع الأعمال الإلكترونيه والتجاره الإلكترونيه فيما يعرف بالتجاره بين التاجر والمستهلك

او مايعرف بالتجارة بين التاجر والتاجر (فرداً كان او شركة) كما قد تكون وفي اعمال التوريدات الحكوميه مثلاً بين التاجر والحكومة **وقد تقوم الأعمال الإلكترونيه بين المواطن والحكومة في شكل خدمات او اعمال ادارية (كالجوازات ، الرخص ٠٠٠ الخ) وقد تقوم بين قطاعات الحكومة**

واكثر مايثير الإهتمام حاليا في الدول العربيه في التجارة

الإلكترونيه هو مايقوم بين التجار بعضهم البعض ٠

وترتب علي ذلك مولد التجارة الإلكترونيه ككائن ولد وهو في المهد عملاقاً ينمو بسرعة هائلة ، وظهرت مفاهيم جديدة للآليات الخاصه بنقل البضائع والخدمات بعد استخدام الأنشطة المدعمة للتجارة عبر شبكات الأعمال ٠

وتشير التقديرات الي انه في عام ٢٠٠٥ سيبلغ حجم التجاره الإلكترونيه عبر العالم ماقد يجاوز الف تريليون دولار امريكي ليتضاعف ستة اضعاف خلال الخمس سنوات التاليه خاصه وان التقديرات تشير الي ان عدد المستخدمين للإنترنت سيزيد بمعدل مائه مليون مستخدم علي الأقل خلال الأعوام الأربعه القادمة[1].

١ - **مزايا التجارة الإلكترونيه** :

ومن ابرز واهم مزايا التجارة الألكترونيه مايأتي : -

١ - اختصار الوقت والجهد والنفقات وذلك باستخدام الوسائل الألكترونيه في تبادل الرسائل الخاصه بالصفقات

---

(1) د . محمد ابو العينين مركز القاهره الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي والمشاكل القانونيه التي تعتبرها التجاره الالكترونيه ورقه مقدمه الي ندوه جده طبعه ٢٠٠٥ ص ٤ .

التجارية وفي التفاوض ، ويشمل هذا توفيراً في نفقات البريد ، وفي المكالمات التليفونية الدوليه ونفقات السفر والانتقال والإقامة في الداخل او في الخارج ٠

٢- توفير وسيله سريعه وفعالـه ومنخفضة التكاليف لعرض البضائع والسلع والخدمات إلكترونياً خاصة مع الارتفاع المستمر في تكاليف الإعلان في الصحف او بوسائل الفيديو والتليفزيون ٠

٣- تحقيق السرعه في ابرام العقود الإلكترونيه وكذلك متابعة تنتفيذها إلكترونياً ومتابعة حركة المستندات والبضائع من المصدر الي المخزن ٠

٤- تقديم الخدمات ونقل السلع الغير ماديه الكترونيا كالبرمجيات والمطبوعات والفيديو بطريق إلكتروني دون نفقات نقل أو تأمين ٠

٥- تحقيق السرعه في متابعة وتنفيذ سداد قيمة السلع والخدمات بالطريق الإلكتروني في سهولة ويسر ٠

ثانياً : موقف الدول من تطور التجاره الإلكترونيه

وتختلف نسب تطور التجاره الإلكترونيه في الدول اختلافاً كبيراً ، فبينما تتمتع بعض الدول بدرجة عاليه من التطور ، نجد ان بعض الدول الأخري ابطأ في تكييف نظمها مع التقنيات الجديده ، كما نجد دولاً اخري لاتزال متخلفة عن الركب الي حد كبير .

ويعتمد مدي رغبة الدول الناميه في الدخول الي مجال التجارة الألكترونيه علي العديد من العوامل، وتعتبر هذه العوامل مؤشرات اساسيه للتقدم الأجتماعي لهذه الدول فيما يتعلق باعتماد تقنيات المعلومات ووسائل الاتصالات والتطبيقات الخاصة بها ، وتساعد هذه المؤشرات علي تقدير الفرص والتحديات التي تواجهها كل دوله تهدف الي الانضمام الي العالم الإلكتروني .

ومن اهم الشروط التي تحدد درجة ومدي رغبة الدول الناميه للإنضمام الي العالم الإلكتروني مايلي :-

١) درجة الاتصال بشبكات الأعمال الدولية .

٢) درجة التعليم والمعرفه بشبكات الأعمال .

٣) درجة استخدام المجتمع في العديد من نشاطاته لشبكة الأعمال ٠

٤) درجة استخدام الاقتصاد لشبكة الأعمال ٠

٥) سياسة الدولة بشأن شبكة الأعمال ٠

ويتوقف توافر امكانية الاتصال بالشبكه علي مايلي : -

١) جودة وسرعة شبكات الاتصالات والمعلومات في الدولة ٠

٢) سهولة وتكلفة استعمال هذه الشبكات ٠

٣) توافر الاجهزة والبرامج اللازمة للتعامل مع هذه الشبكات٠

ومن البديهي ان مستوي التعليم وتكامله عامل مؤثر في توافر استعداد الدولة للدخول في هذا المجال ، كما ان استعداد المجتمع لاستعمال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في مختلف نشاطاته وتحقق النمو المتزايد في استخدامها يدعم الاقتصاد الشبكي ويتوقف ذلك كله علي السياسه التي تتبعها الدولة في هذا الشأن ٠

ويتضح من هذا مدي احتياج حكومات الدول الناميه ،

ومنها الدول العربيه فجميعها دول ناميه ، لبذل جهـود مكثفـة لتضييق الفجوة بين دولها وبين الدول المتقدمة التي بلغت درجة عاليه جداً من التقدم في هذا المجال ٠

ولاتزال النظم القانونيه للدول العربيه من اهم العوائق التي تحول دون تحقيق اهدافها في مجال التجـارة الإلكترونيـه ، حيـث تحتاج هذه النظم الي خطة اصـلاحية شـاملة واساسـية للتغلـب علي المشكلات التي تنشأ عن هذا المجال الجديد ٠

وقد اصدرت العديد من الدول المتقدمـة تشريعـات تتعلـق بنظام المعاملات الإلكترونية ٠

وكانت لجنة الأمم المتحـدة للقـانون التجـاري الـدولي قـد اصدرت عام ١٩٩٦ القانون النمـوذجيْ للتجـارة الألكترونيـه مع الدليل التشريعي الخاص به ، كما تـم اعـتماد مـادة اضـافية (المادة ٥ مكرر) في عام ١٩٩٨ ، ثم اصدرت قانون اليونسـترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونيه الذي اعتمدته الجمعيـة العامه للأمم المتحدة في ديسمبر ٢٠٠١ ٠

وفي الولايات المتحـدة الأمريكيـة ، اصـدرت العديـد مـن

الولايات المختلفه قوانين علي نسق القانون النموذجي للمعاملات الإلكترونيه ، كما اعتمدت بعض الولايات صيغاً معدلة من القانون النموذجي مما سبب حدوث اختلافات بين الولايات في هذا المجال ٠

وفي عام ٢٠٠٠ ، اصدرت الحكومه الفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية قانون التوقيعات الإلكترونية الذي ادي الي حدوث بعض التوافق بين الولايات المختلفه التي اعتمدت القانون النموذجي للمعاملات الإلكترونيه ، ولكنه ترك العديد من الثغرات في الولايات التي لم تشارك في اعتماد هذا القانون ٠

وعلي صعيد آخر ، جري في الاتحاد الأوربي بعض التطورات في هذا الشأن ٠

ففي فرنسا تم بتاريخ ١٤ مارس ٢٠٠٠ اصدار قانون التوقيع الإلكتروني " القانون رقم ٢٢٠/ ٢٠٠٠ الجريدة الرسمية رقم ٦٢ بتاريخ ١٤ مارس " ٠

وفي العالم العربي اصدرت تونس القانون رقم ٨٣ بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونيه كما اصدرت الأردن قانونها

المؤقت للمعاملات الإلكترونيه رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ ٠

كما صدر القانون الأماراتي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجاره الإلكترونيه والتوقيع الإلكتروني ، وكذلك صدر التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني في البحرين سنة ٢٠٠٢ ، وصدر القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ في مصر بتنظيم التوقيع الإلكتروني ٠

وهناك مشروعات قوانين تعدها بعض للدول العربيه الأخري من بينها المملكه العربيه السعودية التي اعدت مشروع القانون الخاص بها للتجارة الإلكترونية ٠

وهناك حاجة لبذل مثل هذه الجهود في الدول العربيه الأخري للتغلب علي العوائق القانونيه التي تواجه التجاره الإلكترونيه في بلادها ٠

ثالثاً : خصائص التجارة الألكترونيه

التجارة الإلكترونيه هي المعاملات التجارية التي تتم عن طريق وسيط إلكتروني او هي العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونيه •

وتتميز التجارة الإلكترونيه ببعض الخصائص التي تختلف بها عن المعاملات التجارية التقليدية ومن بينها مايأتي :-

١) عدم وجود علاقة مباشرة بين اطراف العقد او عدم وجود مجلس للعقد •

ففي مجال العقود الإلكترونيه اصبح المعتاد ان يتم التعاقد عن طريق شبكة الانترنت فلا يكون هناك مجلس للعقد بالمعني التقليدي يضم المتعاقدين بحيث يتم التفاوض الفوري المباشر بينهما ، فالاتفاق يتم بكل تفاصيله عبر شبكة الاتصالات من خلال علاقة غير مباشرة بين طرفي العقد اللذين يمكن ان يفصل بينهما آلاف الكيلومترات ، كما قد يفصل بينهما فاصل زمني كبير عن طريق اتصال بين اجهزة الحاسب اوارسال

رسالة الكترونيه من المشتري الي موقع البائع او الخدمة المعروضه علي شبكة الانترنت ، بل انه قد يغيب العنصر البشري تماماً فتتراسل الأجهزة فيما بينها وفقاً للبرامج المعدة التي تقوم في بعض الشركات بالعديد من العمليات الادارية والتجارية وفقاً لأوامر برمجتها الذاتيه.

٢) وجود الوسيط الإلكتروني :

وهو جهاز الحاسب الإلكتروني لدي الأطراف المتعاقدين والمتصل بشبكة الاتصالات الدولية والذي اصبح يقوم بنقل التعبير عن الارادة لكل من الطرفين المتعاقدين في ذات اللحظة رغم تباعد المكان وتباين التوقيت ٠

٣) السرعة في انجاز المعاملات التجارية والماليه :

تعد السرعة الفائقة في انجاز الاعمال من خلال شبكات الإنترنت هي احد اهم المميزات التي عملت علي انتشار التعاقد إلكترونياً خاصه وقد تلافت عيوب

المعاملات المعتادة من روتين وبيرقراطية ٠

وقد ساعدت عدة عوامل علي انتشار التجارة الألكترونيـه واسهمت في زيادة المشاكل القانونيه الناتجة عنها : -

(١) انتشار النقود البلاستيكيه او كروت الإئتمان ومنها :

أ- البطاقات البلاستيكيه الممغنطة ٠

ب- النقود الإلكترونيه البرمجية ٠

ت- الشيكات الإلكترونية ٠

ث- التحويلات المالية الإلكترونية ٠

(٢) اتساع استخدام الشبكه الدولية للإتصالات ٠

رابعاً : العقد الالكتروني :

١ -اركان العقد الالكتروني :-

ويصدر الموجب في العقد الالكتروني ايجابه من خلال عرضه علي شبكه الانترنت دون توجيهه الي شخص بعينه في انتظار قبول عرضه من أي شخص يكون متواجدا علي شبكه الانترنت وهذه الحاله بما انه ليس هناك مجلس للعقد او علاقه مباشره بين اطراف العقد ، يصبح علي الموجب الانتظار حتي يطلع شخص علي عرضه ويعلن قبوله له وهي عمليه ربما تستغرق بعض الوقت . ولكن ينتهي الي انعقاد العقد ولو لم يلق الموجب قبولاً فوريا اذا لم يعدل الموجب عن عرضه في الفتره الواقعه ما بين اصداره لايجابه ووجود قبول وهذا هو حكم قوانين كثير من البلاد ومن بينهما القانون المصري (م٩٤) من القانون المدني .

واذا حدد الموجب وقتاً لايجابه التزم بعدم العدول عنه قبل ذلك الوقت .

وفي قرار المجمع الفقهي في المملكه العربيه السعوديه والخاص بموضوع اجراء العقود بآلات الاتصال الحديثه جاء حكم هذه المسأله بطريقه اكثر دقه في النص آلاتي :

" اذا اصدر العارض بهذه الةسائل ايجاباً محدد المده يكون ملزماً بالبقاء علي ايجابه خلال تلك المده وليس له الرجوع عنه ".

٢- الشروط الشكليه لابرام العقد الالكتروني .

الكتابه والتوقيع

وقد اتفق علماء الفقه واللغه ان الكتابه وان كانت تعبر عن الفكر او القبول الا انه لايستلزم استخدام الورق فقط لهذا الغرض حيث يمكن ان تتم بعده طرق حيث بدأ استخدامها بشكل بدائي علي الحجر او الخشب او الجلود ، وصولا الي ما يعرف الان بالكتابه الالكترونيه .

وقد اكدت بعض الاتفاقيات الدوليه هذا الاتجاه وتبنته في نصوصها ومنها اتفاقيه نيويورك بشأن التقادم في البيوع الدوليه للبضائع عام ١٩٧٢ التي اشارت الي ان مصطلح

الكتابه يمكن ان ينصرف ايضاُ الي المراسلات الموجهه في شكل برقيه او تلكس (م الماده ٩) كما نصت عليه ايضاً الماده (١٣) من اتفاقيه الامم المتحده الموقعه في فيينا بشأن النقل الدولي للبضائع عام ١٩٨١ ، وذكرته الماده ١٤٢ مكرر فقره (١) من قانون اصول المحاكمات اللبنانيه التي عرفت الكتابه بأنها " **تسلسل احرف او اشكل او ايه رموز او اشارات تشكل معني قابل للقراءه** " .

وتنص الفقره الاولي من الماده (٦) من قانون الاوينسترال النموذجي .

" **عندما يشترط ان تكون المعلومات مكتوبه ، تستوفي رساله البيانات ذلك الشرط اذا تيسر الاطلاع علي البيانات الوارده فيها علي نحو يتيح استخدامها بالرجوع اليه لاحقا** "

كما استبعد التوجيه المتعلق بالتوقيعات الالكترونيه الصادره من الاتحاد الاوروبي رقم (٩٣)١٩٩٩ الشروط الشكليه المتعلقه بالعقد ومنها شرط الكتابه .

اما في المملكه المتحده فقد عرف قانون التفسير الصادر

عام ١٩٧٨ مصطلح الكتابه بأنه يقصد بـه " كـل مـا يـرد في شكل مرئي " وهو ما يمكن ان يجعل بعض نماذج العقود التي تـم تكوينهـابين وكـلاء الكترونيـين باطلـه مـن حيـث شرط الشكل .

والواضح انه حتي مع التسليم بالتطوير الكبير في وسائل التعاقـد فمازلـت بعـض للـدول تـرفض للـتخلي عـن بعـض الشروط التقليديه ، فالتوجيه الاوربي رقـم ١٢ الصـادر سـنه ٢٠٠٠ مـن المفوضـيه الاوربيـه الـذي يتنـاول التجـاره الالكترونيه يشير الي انه قد لايعترف قانوناً بفئـات معينـه مـن العقود في حاله تحريرها في شكل الكتروني بـما في ذلـك عقـود بيع الارض والعقود التي تخضع لقانون الميراث مثل الوصـايا بالاضافه الي العقود التي تتطلب تدخل المحكمه . وربما يرجع هذا الاتجاه في هذه التشريعات الدوليه الي ما لهذه العقـود مـن اهميه تتطلب بقاء الاعتماد علي الاشكال التقليديه للمستندات الورقيه .

ونستطيع القول بوجه عام ان كل وسيله تقوم بـوظيفتي

التوقيع وهما تعيين صاحب التوقيـع واثبـات انصراف ارادتـه نهائياً الي الالتزام بمضمون ما وقع عليه ، تعد بمثابه توقيع .

خامساً- ضوابط تحقيق الامان للتوقيع الالكتروني

ابرز الواقع العملي بعض التغيرات التي شككت في توفر عنصر الامان للتوقيع الالكتروني وفي مصداقيته بسبب احتمال ضياع الرقم او الشفره السريه او بسبب عدم صدوره من الشخص الطبيعي وانما من خلال او عبر الحاسب طبقاً لاجراءات متفق ومتعارف عليها بين الطرفين من شأن القيام باتخاذها اعتبارها تعبير عن اتجاه الاراده لاتمام العقد من أي من الطرفين حتي وان لم يتجه قصده الي ابرام العقد ، وهذا ما يجعل التوقيع التقليدي هو التعبير الاكثر دقه وصراحه علي اتجاه اراده صاحبه . يرد علي هذا القول ان التوقيع التقليدي معرض كذلك للتزوير والتقليد والسرقه .

أ : سريه مضمون الرساله :

وتعني القدره علي الحيلوله دون وصول مضمون الرساله الي متلقين غير مقصودين ، وما يضمن تحقيق هذه السريه ان نظام التشفير الذي استخدم في بعض الاحيان وتوفرها تقنيه

الاتصالات الحديثه فتحول المعلومات المقرؤه الي معلومـات غـير مقرؤه مـن خـلال استخدام لوغـاريتمات ورمـوز وادراجهـا في المكونْات الماديه للحاسب يمكن ان تحقق تأميناً لسريـه البيانـات المتبادله بين اطراف المعامله ، وتعد اكثر تطبيقاتها ذيوعا علي شبكه الانترنت تطبيق طبقـه السريـه المأمونـه الـذي يقـيم قنـاه اتصـال مأمونه بين مرسل الرساله ومتلقيها .

ب) التحقق من هويه المرسل والمتلقي :

تنص الفقره (٣)من المادة ١٢ من القـانون النمـوذجي عـلي ثلاث حـالات يسـتطيع المرسـل اليـه ان يعـول عـلي ان الرسـاله البيانات انها هي رساله المنشئ :

١- الحالات التي يطبق فيها المرسل اليه تطبيقا سليما اجـراء توثيق سبق ان وافق عليه المنشئ .

٢- الحالات التي نتجت فيها رساله بيانـات مـن تصرفـات شـخص كانـت لـه بحكـم علاقتـه بالمنشـئ امكانيـه الوصول الي اجراءات التوثيق التي يطبقها المنشئ .

ويفهـم مـن اقـتران الفقـرتين ٣ ، ٤ مـن المـاده ١٣ لنـه يحـق

للمرسل اليه ان يعتبران ان رساله البيانات هي رساله المنشئ ويستطيع التصرف بناء علي هذا الافتراض الذي تؤكده تلك القرائن او ان يعتبر ان رساله البيانات ليست رساله المنشئ .

نخلص مما تقدم ان الماده ١٣ تعتبر رساله البيانات صادره عن المنشئ ويترتب عليها كل الاثار القانونيه من حقوق والتزامات اذا كان :

أ- هو الذي ارسلها بنفسه علي جهاز الكمبيوتر .

ب- اذا كان من ارسل الرساله نائباً عن المنشئ سواء نائبا قانونيا كالولي علي القاصر او نائبا اتفاقيا كالوكيل ، او اذا كان الشخص يعمل عضوا منتدبا او رئيس مجلس اداره الشركه .

ج- اذا ارسلت الرساله من غير تدخل عنصر بشري عن طريق برنامج اعده المنشئ او نائبه للعمل تلقائيا بمجرد تلقي رساله من الجهاز او الطرف الاخر .

واتباعاً لنظام التشفير الذي يمكن الطرفين من التحقق من

هويتهما ، فضلاً عن التمثيل الرقمي لمحتويات الرساله فـإذا تمكـن المتلقي من اعاده فك الشفره عندئذ يسـهل التأكيـد مـن الشـخص الذي ارسل الرساله وعدم تعديل محتوياتها . واكثر اليات التحقيـق من الهويه شيوعا في الاستعمال ما يطلق عليه عمليـه التشـفير برمـز عام " publlc key Encrlption " وتسـاعد هـذه الاسـاليب التحقيق من هويه المرسل وتلقي الرساله علي حد سواء .

وبوجه عام يتطلب نظام التشفير برمز عام بالاضـافه الي ذلـك اسـتخدام شـهاده رقيمـه digital certificate وتعتـبر شـبيهه بخدمات الاعتماد او التوثيق المهني ويصدر هذه الشهادات طـرف ثالث يثق فيه من يعتمدون علي هذه الشهادات كأدلـه عـلي اثبـات هويه الشخص .

الفصل الثاني

التنظيم الدولي لعقود التجارة الإلكترونية

نظرًا لحداثة المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية، فلم تعقد بعد معاهدات ثنائية أو جماعية في هذا الشأن ، ويرجع الفضل والسبق في التنظيم الدولي في هذا الشأن إلى جهود الأمم المتحدة، والتي أثمرت قانون الأونسيترال النموذجي في عام ١٩٩٦، وذلك ما سنعرض له .

أولاً : التطور التاريخي لإصدار القانون النموذجي :

اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الاونسيترال) في عام ١٩٩٦ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الألكترونية ، وذلك عملاً بولاياتها المتمثله في تعزيز تنسيق وتوحيد القانون التجاري الدولي ، بغية ازالة أية عقبات لا لزوم امام التجارة الدولية تنتج عن اوجه القصور والإختلاف في القانون المتعلق بالتبادل التجاري • وطوال ربع قرن مضي ، قامت الأونسيترال التي تتألف عضويتها من دول من جميع المناطق ومن جميع مستويات التنمية الاقتصادية ، بمباشرة الولاية المسنده اليها

عن طريق صياغة اتفاقيات دولية " اتفاقيات الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ، وبشأن فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع ، وبشأن النقل البحري للبضائع ، ١٩٧٨ (قواعد هامبورغ) وبشأن مسئولية متعهدي محطات النقل الطرفيه في التجارة الدوليه ، وبشأن " الكمبيالات " الدوليه والسندات الأذنية الدولية ، وبشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنه " وقوانين نموذجية (قوانين الأونسيترال النموذجية بشأن التحكيم التجاري الدولي ، وبشأن التحويلات الدائيه الدوليه ، وبشأن اشتراء السلع والانشاءات والخدمات) وقواعد الاونسيترال للتوفيق ، وادلة قانونية (بشأن عقود تشييد المنشات ، وبشأن صفقات التجاره المكافئة ، وبشأن التحويلات الألكترونيه للأموال) ٠

وكان القانون النموذجي قد اعد استجابة لتغيير رئيسي حدث في الوسائل التي تتم فيهاالاتصالات بين الأطراف الذين يستخدمون في اعمالهم التقنيات الحاسوبيه أو غيرها من التقنينات الحديثه والقصد من القانون النموذجي هو ان يكون نموذجاً

تهتدي به البلدان فيما يتعلق بتقييم وتحديث جوانب معينه من قوانينها وممارساتها في ميدان العلاقات التجارية تستخدم فيها تقنيات الحوسبه او غيرها من تقنيات الاتصال الحديثه ٠

ويرجع تاريخيا اهتمام اللجنه باصدار قانون نموذجي الي دورتها الثامنه عشره (١٩٨٥) في تقرير مقدم من الامانه عنوانه " القيمه القانونيه للسجلات الالكترونيه " (.A/CN٩/ ٢٦٥) ، وبعد مناقشه التقرير ، اعتمدت اللجنه التوصيه التاليه التي تعبر عن بعد المبادئ التي يستند اليها القانون النموذجي :

" ان لجنه الامم المتحده للقانون التجاري الدولي ،

اذ تلاحظ ان استخدام المعالجه الاليه للبيانات قد اوشك ان يصبح امراً مستقلاً في كل ارجاء العالم ، في كثير من مراحل المعاملات التجاريه المحليه والدوليه وكذلك في الدوائر الاداريه .

" واذ تلاحظ ايضاً ان القواعد القانونيه ، المبنيه علي استخدام الوسائل الورقيه في توثيق المعاملات التجاريه الدوليه في مرحله ماقبل انتشار المعالجه الاليه للبيلنات ، قد تشكل عقبه امام استخدام المعالجه الاليه للبيانات ، من حيث انها تسبب بلبله

قانونيه او تحول دون استخدام المعالجه الاليـه للبيانـات اسـتخداماً فعالاً في الحالات التي يكون استخدامها مبرراً لولا تلك القواعد ،

" واذ تلاحظ كذلك مـع التقريـر مـا يبذلـه مجلـس اوروبـا ومجلس التعاون الجمركي ولجنه الامم المتحده الاقتصاديه لاوروبا من جهود لتذليل ما تخلقه هذه القواعد القانونيه من عقبـات امـام استخدام المعالجه الاليه للبيانات في التجاره الدوليه ،

" واذ تـري في الوقـت نفسـه لنـه لاحاجـه لتوحيـد قواعـد الاثبات فيما يتعل ق بإسـتخدام السـجلات الحاسـوبيه في التجـاره الدوليه ، تظراً لما بينته التجربه من ان الاختلافات الكبيره في قواعد الاثبات ، كما تطبق علي نظام التوثيق بالوسائل الورقيـه ، لم تلحـق حتي الان ايه اضرار ملحوظه بتنميه التجاره الدوليه،

" واذ تري ايضاً ان التطورات التي شهدها استخدام المعالجه الاليه للبيانات يحدو بعدذ من الانظمه القانونيه الي مواءمه القواعد القانونيه الموجـوده مـع هـذه التطـورات ، عـلي ان يـولي الاعتبـار الواجب لضروره تشجيع استخدام وسائط المعالجه الاليه للبيانات التي توفر قدراً من الموثوقيه يماثـل ان يفـوق مـا تـوفره المسـتندات

الورقيه ٠

" ١- توصي الحكومات :

"(أ) باعادة النظر في القواعد القانونيه التي تعوق استخدام السجلات الحاسوبيه كأدلة في الدعاوي القضائيه ، بغية ازالة مايحول دون قبولها من عقبات لامبرر لها ، والتأكيد من ان هذه القواعد تتفق والتطورات في مجال التكنولوجيا وتوفير الوسائل الملائمة لتمكين المحاكم من تقييم مصداقية البيانات الواردة في تلك السجلات ٠

"(ب) اعادة النظر في المتطلبات القانونيه بأن تكون بعض المعاملات التجارية أو المستندات ذات الصله بالتجارة مكتوبه ، سواء كان الشكل الكتابي يمثل شرطاً للنفاذ او لصحة المعاملة او المستند ، بغية السماح ، عند الاقتضاء ، بأن تكون المعاملات التجارية او المستندات مسجلة ومنقولة في شكل مقروء حاسوبياً ٠

"(ج) اعادة النظر في المتطلبات القانونيه بأن تكون المستندات ذات الصلة بالتجارة ممهورة بتوقيع بخط اليد ، او بغير ذلك من وسائل التوثيق الورقيه ، بغية السماح ، عند الاقتضاء ،

باستخدام وسائل التوثيق الألكترونيه ٠

"(د) اعادة النظر في المتطلبات القانونيه بأن تكون المستندات التي تقدم الي الحكومات مكتوبه وموقعه بخط اليد ، بغية السماح بتقديم هذه المستندات في صيغة مقروءة حاسوبياً الي للدوائر الادارية التي اقتنت المعدات اللازمة وأقرت مايلزم ذلك من قواعد اجرائيه ،

"٢- توصي المنظمات الدولية التي تضع نصوصاً قانونيه ذات صلة بالتجارة بأن تأخذ هذه التوصية في اعتبارها لدي اعتماد هذه النصوص ، وبأن تنظر عند الاقتضاء ، في تعديل النصوص القانونية الموجودة لتتمشي مع هذه التوصيه ٠ "[1]

وقد اعتمدت الجمعيه العامه هذه التوصيه (المشار اليهافيمايلي باسم " توصية الأونسيترال لعام ١٩٨٥") في الفقره ٥ (ب) من قرارها ٤٠/ ٧١ المؤرخ في ١١ كانون الأول / ديسمبر ١٩٨٥ علي النحو التالي :

---

(1) الوثائق الرسميه للجمعيه العامه ، الدوره الأربعون ، الملحق رقم ١٧ (A/40/17) الفقره ٣٦٠ ٠

" إن الجمعيه العامـه ... تطلـب الي الحكومـات والمـنظمات الدولية اتخاذ اجراءات ، حيثما كـان ذلـك مناسـباً ، طبقـاً لتوصـية اللجنة ، بمايكفل توفر الضمان القانوني في سياق اسـتخدام وسـائل المعالجة الآليه للبيانات علي أوسع نطاق ممكن في التجاره الدولية"[1].

وقد ناقشت اللجنه في دورتها التاسعه والعشريـن عـام١٩٩٦ مشروع دليل تشريع القانون النموذجي"المشار اليه فيما بعد باسم " دليــل التشريــع " - كماهــو وارد في مــذكرة اعــدتها الأمانــه- (٦٤/WG.IV/WP.٩A/CN.)

ثم طلب الي الأمانه اعداد صـيغة منقحـه مـن مشروع الـدليل تتبدي فيها المقررات التي اتخذها الفريق العامل وتضع في الاعتبـار مختلف الآراء والاقتراحات ودواعي القلق المعـرب عنهـا في تلـك الدورة ، وقد اشارت اللجنه انها سبق ان قدمت في دورتهـا الثامنـه والعشرين مشروع دليل تشريـع القـانون النمـوذجي عـلي جـدول

(1) صدر القرار ٤٠/ ٧١ في حولية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ١٩٨٥ ، المجلد السادس عشر ، الجزء الأول ، دال (منشورات الأمم المتحدة رقم المبيع (E.87.V.4) .

اعمال دورتها التاسعه والعشرين [1]٠

وبعد ان نظرت اللجنه ٠ ابان في دورتها التاسعه والعشرين (١٩٩٦) في نص مشروع القانون النموذجي بصيغته التي نقحها فريق الصياغه – اتخذت القرار التالي في جلستها ٦٠٥ – المعقوده في ١٢ حزيران/ يونيه ١٩٩٦ ٠

" ان لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ،

" اذ تشير الي ولايتها بموجب قرار الجمعيه العامه ٢٢٠٥ (د-٢١) المؤرخ ١٧ كانون الأول / ديسمبر ١٩٦٦ المتمثله في تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجيين للقانون التجاري الدولي واذ

تضع في اعتبارها في هذا الصدد مصالح جميع الشعوب ، ولا سيما شعوب البلدان الناميه ، في التطوير الواسع النطاق للتجاره الدولية ٠

" واذ تلاحظ حدوث عدد متزايد من المعاملات في التجاره الدوليه عن طريق التبادل الالكتروني للبيانات وغير ذلك من وسائل الاتصال التي تشار اليها عاده باسم التجاره الالكترونيه

---

(1) المرجع نفسه – الفقره ٣٠٦ ٠

التي تنطوي علي استخدام بدائل عن الاشكال الورقيه للاتصال وتخزين المعلومات .

" واذ تشير الي التوصيه التي اعتمدتها اللجنه في دورتها الثامنه عشره عام ١٩٨٥ بشأن القيمه القانونيه للسجلات الحاسوبيه والفقره ٥(ب) من قرار الجمعيه العامه ٤٠/ ٧١ المؤرخ ١١ كانون الاول / ديسمبر ١٩٨٥ التي طلبت الي الحكومات والمنظمات الدوليه ان تتخذ حيث يكون ذلك مناسبا اجراءات تتمشي مع توصيه اللجنه [1] وذلك بغيه تأمين الضمان القانوني في سياق استخدام التجهيز الالي للبيانات في التجاره علي اوسع نطاق ممكن.

واذا تري ان وضع قانون نموذجي ييسر استخدام التجاره الالكترونيه ويكون مقبولا لدي الدول ذات الانظمه القانونيه والاجتماعيه المختلفه ،يساهم في تنميه انسجام العلاقات الاقتصاديه الدوليه .

" واذ تعرب عن اقتناعهاان قانون الانسيترال النموذجي بشأن التجاره الالكترونيه سيساعد جميع الدول علي تحسين تشريعاتها

---

(1) المرجع نفسه ، الدوره الاربعون الملحق رقم ١٧ (A/40/17) الفقرات ٣٩٤-٤٠٠ .

التي تنظم استخدام بـدائل الاشـكال الورقيـه للاتصـال وتخـزين المعلومات وعلي صياغه هذه التشريعات في حال عدم وجودها .

" ١- تعتمد قـانون الاونسـيترال النمـوذجي بشـأن التجـاره الالكترونيه بصيغته الوارده في المرفـق الاول للتقريـر عـن الـدوره الراهنه .

" ٢- تطلـب الي الامـين العـام ان يحيـل الي الحكومـات والي الهيئات الاخري المعنيه نص قانون الاونسيترال النمـوذجي بشـأن التجاره الالكترونيه ، مشفوعا بدليل سن القانون النموذجي الذي اعدته الامانه العامه .

" ٣- توصي بأن تـولي جميـع الـدول نظـره ايجابيـه الي قـانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجاره الالكترونيه عندما تقوم بسن قوانينها او تنقيحهـا ، وذلـك بـالنظر الي ضروره توحيـد القـوانين الواجبه التطبيـق عـلي البـدائل عـن الاشـكال الورقيـه للاتصـال وتخزين المعلومات ."[1]

---

(1) المرجع نفسه ، الدوره الحاديه والخمسون الملحق رقم ١٧ (A/51/17) الفقره ٢٠٩ .

ثانياً

أهداف القانون النموذجي

ومن الملاحظ الازدياد السريع لوسائل الاتصال الحديثه كالبريد الالكتروني وتبادل البيانات الالكتروني لتسيير المعاملات التجاريه الدوليه ويتوقع له المزيد من التطور حينما تصبح وسائط الدعم التقني ، كطرق المعلومات السريعه وشبكه الإنترنت ، ميسوره المنال علي نطاق اوسع بيد ان ايصال المعلومات ذات الدلاله القانونيه في شكل رسائل غير ورقيه قد تعرقله عقبات قانونيه تعوض استعمال مثل تلك الرسائل او عدم اليقين بشأن مفعولها او صلاحيتها من الناحيه القانونيه بالذات .

والغرض من القانون النموذجي انه يقدم للمشرعين الوطنيين مجموعه من القواعد المقبوله دولياً بشأن كيفيه ازاله عدد من تلك العقبات القانونيه وكيفيه تهيئه بيئه قانونيه اكثر امانا لما اصبح يعرف الان بظاهره " التجاره الالكترونيه " ويقصد ايضاً بالمبادئ المبينه في القانون النموذجي ان تكون ذات فائده لفرادي مستعملي وسائل التجاره الالكترونيه في صياغه بعض الحلول التعاقديه التي

قد يحتاج اليها لتذليل العقبات القانونيه التي تعرقل ازدياد استعمال اسلوب التجاره الالكترونيه .

وقد اتخذت الاونسيترال قرار صياغه تشريع نموذجي بشأن التجاره الالكترونيه بغيه التصدي لقصور او بطلان عهد ما هو قائم في عدد من البلدان من التشريعات الناظمه لوسائل الاتصال وخزن المعلومات من حيث انه لا يولي النظر لاستعمال اسلوب التجاره الالكترونيه وفي حالات معينه تفرض التشريعات القائمه فرضا صريحا او ضمنيا قيودا علي استعمال وسائل الاتصال الحديثه وذلك علي سبيل المثال بالنص علي استعمال المستندات المكتوبه او الموقعه او الاصليه وفي حين اعتمدت قله من البلدان احكاما محدده تتناول جوانب معينه من التجاره الالكترونيه، لاتوجد تشريعات تعني بالتجاره الالكترونيه بأجمعها وقد يؤدي ذلك الي عدم يقين بشأن الطبيعه والصلاحيه القانونيتين للمعلومات المقدمه في شكل اخر غير المستند الورقي . وفضلا عن ذلك ، في حين ان وجود قوانين وممارسات سليمه ضروري في جميع البلدان التي اخذ يتسع فيها انتشار استعمال وسائل تبادل البيانات الالكتروني والبريد

الالكتروني فان هذه الحاجه ملموسه في العديد من البلدان فيما يتعلق بتقنيات اتصال مثل النسخ البرقي والتلكس .

وقد يساعد ايضاً القانون النموذجي علي تدراك المساوئ الناجمه عما يطرحه قصور التشريعات علي الصعيد الوطني من عقبات امام التجاره الدوليه التي يرتبط قدر كبير منها باستعمال تقنيات الاتصال العصريه كما ان اوجه التفاوت وانعدام اليقين فيما بين النظم القانونيه الوطنيه التي تنظم استعمال تقنيات الاتصال هذه يمكن ان تساهم في الحد من امكانيه وصول اوساط الاعمال التجاريه الي الاسواق الدوليه .

علاوة علي ذلك ، علي الصعيد الدولي قد يكون القانون النموذجي مفيدا في حالات معينه كأداه لتفسير اتفاقيات دوليه قائمة وغيرها من الصكوك الدوليه التي تسبب عقبات قانونيه تعرقل استعمال اسلوب التجاره الالكترونيه، وذلك علي سبيل المثال بما تنص عليه من وجوب كون مستندات معينه او بنود تعاقديه معينه في شكل مكتوب ومن حيث العلاقه بين تلك الدول الاطراف في مثل تلك الصكوك الدوليه فان اعتماد القانون

النموذجي كقاعده في التفسير قد يوفر الوسيله الكفيله بالاعتراف باستعمال اسلوب التجاره الالكترونيه واجتناب الاضطرار الي التفاوض علي لبرام بروتوكول يلحق بالصك الدولي الذي يستدعي ذلك .

وتعد اهداف القانون النموذجي التي تتضمن اتاحه او تيسير استعمال اسلوب التجاره الالكترونيه وتوفير معامله متساويه لمستعملي المستندات الورقيه ومستعملي المعلومات الحاسوبيه اهدافا اساسيه لزياده الاقتصاد والفعاليه في التجاره الدوليه ويمكن ان تستحدث الدوله المشرعه بيئه محايده من حيث الوسائط وذلك بادراج الاجراءات المبينه في القانون النموذجي ضمن تشريعاتها الوطنيه فيما يتعلق بالحالات التي تختار فيها الاطراف استعمال وسائل الاتصال الالكترونيه .

ثالثاً

نطاق القانون النموذجي

يشير عنوان القانون النموذجي الي " التجاره الالكترونيه " ومع ان الماده ٢ تتضمن تعريفا " للتبادل الالكتروني للبيانات " ومع ذلك القانون النموذجي لايحدد معني " التجاره الالكترونيه " ولدي اعداد القانون النموذجي ، قررت اللجنه ان تأخذ في الاعتبار عند التطرق الي الموضوع المعروض عليها مفهوماً موسعا للتبادل الالكتروني للبيانات ، يشمل مجموعه متنوعه من استخدامات التبادل الالكتروني للبيانات المتصله بالتجاره ، والتي قد يشار اليها عموماً تحت عنوان " التجاره الالكترونيه " (انظر A/CN.٩/ ٣٦٠ الفقرتين ٢٨-٢٩) بالرغم من وجود امكانيه استخدام عبارات وصفيه اخري ومن بين وسائل الابلاغ التي يشتمل عليها مفهوم " التجاره الالكترونيه " هناك اساليب الارسال التاليه التي تستند الي استخدام التقنيات الالكترونيه : الابلاغ عن طريق التبادل الالكتروني للبيانات المعرف تعريفاً ضيقا بوصفه ارسال البيانات من حاسوب الي حاسوب بصيغه قياسيه

موحده وبث الرسائل الالكترونيه التي تنطوي علي استعمال المعايير المتاحه للعموم او المعايير المتعلقه بحقوق الملكيه وارسال نص لايراعي شكلا محددا بالوسائل الالكترونيه عن طريق الانترنت علي سببيل المثال ولوحظ ايضا ان مفهوم " التجاره الالكترونيه " قد يشمل في ظروف معينه استخدام تقنيات التلكس والنسخ البرقي .

ومن الجدير ذكره ان كافه القوانين المقارنه ومشاريع القوانين العربيه قد تمت صياغتها بناء علي قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التجاره الالكترونيه ويتألف هذا القانون النموذجي من (١٧) سبعه عشر ماده موزعه علي جزئين : الجزء الاول يحدد احكام التجاره الالكترونيه عموماً ويتألف من ثلاثه فصول الاول احكام عامه والثاني تطبيق الاشتراطات القانونيه علي رسائل البيانات والثالث عن ابلاغ رسائل البيانات ويحدد الجزء الثاني احكام التجاره الالكترونيه في مجالات محدده وهي نقل البضائع وسنتعرض لاحكام ذلك القانون في دراستنا باعتباره القانون المرجع الذي استلهم منه تشريعنا الوطني اسوه بباقي التشريعات

المقارنـه احكـام التجـاره الالكترونيـه وباعتبـاره احكامـه قواعـد مرجعيه تكملها التشريعات الوطنيه في مجال التجاره الالكترونيه .

رابعاً

القانون النموذجي

قانون مرجعي تكمله التشريعات الوطنيه

غاية القانون النموذجي توفير اجراءات ومبادئ اساسيه لتيسير استخدام التقنيات العصريه في مختلف الظروف لاغراض تدوين المعلومات وابلاغها لذلك فهو قانون " اطاري مرجعي " لا يبين في حد ذاته جميع القواعد وللوائح التي لتطبيق تلك التقنيات في كل دولة فليس من مقاصد القانود النموذجي ان ينظم كل جانب من جوانب استعمال سلوب التجاره الالكترونيه فقد ترغب دولة في اصدار لوائح تنظيميه لاستكمال التفاصيل الاجرائيه للاجراءات التي يجيز ها القانون النموذجي، وفقاً لظروفها علي الا يؤدي ذلك الي المساس بأهداف القانون النموذجي ومن ثم فيوصي بانه اذا ما قررت الدوله اصدار مثل تلك اللوائح التنظيميه فيتعين عليها ان تلتزم المرونه التي تتسم بها الاحكام في القانون النموذجي.

وتجدر الاشاره الي ان تقنيات تدوين المعلومات وابلاغها التي

تناولها القانون النموذجي فضلا عن اثارتها لمسائل تتعلق بالاجراءات التي قد يلزم تناولها في اللوائح التقنيه المنفذه ، قد تثير بعض المسائل القانونيه التي قد لاترد بشأنها بالضروره اجابات في القانون النموذجي ، بل قد توجد بالاحري في غيره من القوانين علي سبيل المثال ، قانون الاجراءات الاداريه والتعاقديه والجنائيه والقضائيه الواجب التطبيق والتي لم يكن المقصود تناولها في القانون النموذجي .

وقد اشار قرار اعداد القانون النموذجي الي الاعتراف بان السعي الي ايجاد حلول لمعظم الصعوبات القانونية التي يثيرها استخدام وسائل الاتصال العصريه يتم- عملياً ، في اطار العقود . ويجسد القانون النموذجي مبدأ استقلال الاطراف الوارده في الماده٤ فيما يتعلق بالاحكام الوارده في الفصل الثالث من الجزء الاول ويتضمن ذلك الفصل مجموعه من القواعد من النوع الذي يرد نمطياً في الاتفاقيات بين الاطراف ومنها علي سبيل المثال اتفاقات التبادل او " قواعد النظام " وتجدر الاشاره الي ان مفهوم " قواعد النظام يمكن ان يشمل فئتين مختلفتين من القواعد ، وهما

الشروط العامه التي توفرها شبكات الاتصال والقواعد المحدده الممكن ادراجها ضمن تلك الشروط العامه لتناول العلاقات الثنائيه بين منشئي رسائل البيانات المرسل اليهم والقصد من الماده ٤ (كذلك فكره " الاتفاق " الوارده فيها) ان تشمل فئتي " قواعد النظام " كليهما .

ويجوز ان تستخدم الاطراف القواعد الوارده في الفصل الثالث من الجزء الاول كأساس لابرام مثل تلك الاتفاقات . كما يمكن استخدامها لاستكمال شروط الاتفاقات اذا وجدت ثغرات او حالات حذف في النصوص التعاقديه وبالاضافه الي ذلك يمكن اعتبار انها توفر معيارا اساسيا بالنسبه للحالات التي يتم فيها تبادل رسائل البيانات دون ان تبرم الاطراف المتراسله اتفاقا مسبقا ، وذلك مثلا في سياق شبكات الاتصال المفتوحه .

اما الاحكام الوارده في الفصل الثاني من الجزء الاول فهي ذات طبيعه مختلفه . ويتمثل احد اهداف القانون النموذجي الرئيسيه في تيسير استخدام تقنيات ابلاغ عصريه وتوفير عنصر اليقين في استخدام هذه التقنيات عندما لايمكن بواسطه النصوص

التعاقديه تجنب العقبات او الريبه الناتجه عن الاحكام القانونيه ويمكن الي حد ما اعتبار الاحكام الوارده في الفصل الثاني مجموعه من الاستثناءات تتعلق بالقواعدالراسخه والمتصله بشكل المعاملات القانونيه فهذه القواعد الراسخه هي في العاده ذات طبيعه الزاميه حيث انها تعكس بوجه عام القرارات المتعلقه بالسياسه العامه .

وينبغي اعتبار الاحكام الوارده في الفصل الثاني انها تنص علي الاشتراط الادني المقبول بشأن الشكل ، وانها لهذا السبب ذات طابع الزامي ، مالم يبين غير ذلك صراحه في تلك الاحكام بيد ان الاشاره الي تلك الاشتراطات بشأن الشكل من حيث وجوب اعتبارها " الحد الادني المقبول " لاينبغي تأويلها علي انها تدعو الدول الي تحديد اشتراطات اشد من الاشتراطات للوارده في القانون النموذجي .

الفصل الثالث

موقف الشريعه الأسلاميه من المعاملات الالكترونية

ودراسة موقف الشريعة الاسلاميه من المعاملات الالكترونيه دافعه ضرورتان الأولي شرعية في نفس كل مسلم حول مشروعية هذه المعاملات الالكترونية والتي قد يكون طرفا فيها سواء عن رضا او جبراً عنه كمستفيد او ملتزم بهذه الخدمة بصفته عضواً في مجتمع تتعاظم فيه هذه المعاملات الالكترونية، والضرورة الثانيه هي ضرورة قانونية نصت عليها الماده ٢ من الدستور المصري والتي نصت علي : " مبادئ الشريعه الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع "٠

وفي رأينا ان معرفة موقف الشريعه الإسلامية من المعاملات الالكترونيه هو بالاجابة عن مسألتين هما :-

- **شرعية المعاملات الالكترونية ٠**
- **دلالة التوقيع الالكتروني علي الرضا وسنعرض لكل مسأله في مبحث مستقل ٠**

المبحث الأول

شرعية المعاملات الالكترونية

لم تنص الشريعه علي حكم كل جزئية بمفردها ، وانما اتت بامور كلية وعبارات مطلقة تتناول اعداداً لا تنحصر ، يقوم الفقيه بتنزيل هذه القواعد الكلية والعبارات المطلقة علي الجزئيات الحادثة [1]٠

وان الناظر الي المعاملات الالكترونية يجد انها من الوسائل التي يتم اجراء التعاقد عن طريقها لاجراء التعاقد بين طرفين لا يجتمعان في مجلس واحد ولا يصدر منهما مشافهة او كتابة مباشرة وانما بواسطة الاجهزة الالكترونية الحديثه ، وقد يكون هذا التعاقد علي عين موصوفه في الذمه غير موجودة وقت التعاقد ، وهذا الأمر قد يلحق بما ذكره اهل العلم في احكام بيع العين الغائبه عن مجلس التعاقد الموصوفه وصفاً منضبطاً لدي المتعاقدين ويسمي بيع المغيبات الذي يتم البيع به بالوصف وقد نص اهل العلم علي صحة بيع العين التي لم يراها العاقد عند التعاقد ولكنها موصوفة

---

(1) جامع بيان العلم وفضله ٢/ ١١٤٠ ٠

بوصف منضبط ظاهر لدي طرفي العقد[1] ٠

واذا نظرنا الي العقود التي يتم الاتفاق عليها عن طريق التعامل الالكتروني نجد انها تقاس علي ذلك من حيث بيان العين المراد التعاقد عليها بل يمكن في زمننا الحاضر مشاهدة عينة لها من خلال هذه الاجهزة قبل ابرام التعاقد ، كما ان التحقق من صدور العقد من صاحب العلاقة ممكن عن طريق التوثيق الالكتروني للعقد عن طريق الجهات المختصه بذلك ٠[2]

وقدعرض علي مجمع الفقه الاسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجده في المملكه العربيه السعوديه من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤- آذار (مارس) ١٩٩٠ م ، حكم اجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة فاصدر قراره رقم ٥٢ (٣/ ٦) المتضمن مايلي :-

---

(1) الهدايه شرح بداية المبتدي ، ح٢ ص٣٤ ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ح٦ ص ٦٠٧ ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ح٦ ص ١١٤ – المغني لابن قدامة ح٦ ص ٣٣ ٠

(2) د٠ ناصر بن ابراهيم المحيميد ، شرعية التجارة الالكترونيه – ورقة علميه مقدمه لندوة الاتجاهات الحديثه في معاملات التجارة الالكترونيه المترتبه علي التوقيع الالكتروني في ضوء الشريعه الاسلامية القانون ٥ س ٢٠٠٥ ٠

بعد الاطلاع علي البحوث الواردة الي المجمع بخصوص موضوع اجراء العقود بآلات الاتصال الحديثه •

ونظراً الي التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها في ابرام العقود لسرعة انجاز المعاملات الماليه والتصرفات ، وباستحضار ماتعرض له الفقهاء بشأن ابرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالاشاره وبالرسول ، وماتقرر من ان التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس – عدا الوصيه والايصاء والوكاله – وتطابق الايجاب والقبول ، وعدم صدور مايدل علي اعراض احد العاقدين عن التعاقد ، والموالاة بين الايجاب والقبول بحسب العرف •

قرر مايلي :-

اولاً : اذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ، ولا يري احدهما الآخر معاينة ، ولا يسمع كلامه ، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة او الرسالة او السفارة (الرسول) ، وينطبق ذلك علي البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب) ،

ففي هذه الحاله ينعقد العقد عند وصول الايجاب الي الموجه اليه وقبوله ٠

ثانياً : اذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين ، وينطبق هذا علي الهاتف واللاسلكي ، فان التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين ، وتطبق علي هذه الحاله الاحكام الاصليه المقررة لدي الفقهاء المشار اليها في الديباجة ٠

ثالثاً : اذا اصدر العارض ، بهذه الوسائل ، ايجاباً محددّ المدة يكون ملزماً بالبقاء علي ايجابه خلال تلك المدة ، وليس له الرجوع عنه ٠

رابعاً : ان القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الاشهاد فيه ، ولا الصرف لاشتراط التقابض ، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال ٠

خامساً : مايتعلق باحتمال التزييف او التزوير او الغلط يرجع فيه الي القواعد العامه للإثبات ٠

كما اصدر مجمع الفقه الاسلامي قراراً برقم ٥٣ (٤/ ٦) عن:

القبض : صوره وبخاصة المستجدة منها واحكامها وهذا نصه : -

" ان مجلس مجمع الفقه الاسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكه العربيه السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤-٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م " ٠

بعد اطلاعه علي البحوث الوارده الي المجمع بخصوص موضوع " القبض : صوره ، وبخاصة المستجده منها ، واحكامها " ، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله ، قرر مايلي :

اولاً : قبض الأموال كما يكون حسياً في حالة الاخذ باليد ، او الكيل او الوزن في الطعام ، او النقل والتحويل الي حوزة القابض ، يتحقق اعتباراً وحكماً بالتخليه مع التمكين من التصرف ولو لم يوجدالقبض حساً ٠

وتختلف كيفية قبض الاشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها ٠

ثانياً : ان من صوره القبض الحكمي المعتبره شرعاً وعرفاً : -

١ - القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في

ـ الحالات التاليه :

أ- اذا اودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة او بحوالة مصرفية ٠

ب- إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عمله بعملة اخري لحساب العميل ٠

ج -اذا اقتطع المصرف – بأمر العميل – مبلغاً من حساب له الي حساب آخر بعملة اخري ، في المصرف نفسه او غيره ، لصالح العميل او لمستفيد آخر ، وعلي المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الاسلامية ٠

ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصوره التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي ، للمدد المتعارف عليها في اسواق التعامل ، علي انه لايجوز للمستفيد ان يتصرف في العمله خلال المده المغتفرة إلا بعد ان يحصل اثر القيد المصرفي بامكان التسليم

الفعلي ٠

٢- تسلم الشيك اذا كان له رصيد قابل للسحب بالعمله المكتوب بها عند استيفائه وحجزه لدي المصرف ٠

فهذه النصوص الشرعيه والتقريرات الفقهيه تدل علي الدعوة لحفظ الحقوق ودفع النزاع حتي ولو كان التعاقد فيها عن طريق الاجهزة الحديثه وينبغي ان يكون التعامل في هذه الوسائل الحديثة منضبطاً بهذه الرعايه السامية لحقوق العباد ، ويجب علي من يقوم علي هذه الوسائل ان يوجد بها من الضمانات التي تعين علي ايصال الحقوق لذويها وذلك بتطبيق الشروط والمواصفات القانونيه والفنيه التي يلزم اتباعها عند التحقق من ارسال البيانات والعقود الصادرة من المتعاقدين من خلال الشبكه الالكترونية ، ويلزم القائمين علي هذه الشبكه والمشرفين عليها ومزودي خدمات الشبكه الالكترونية ومراقبيها ومن يشرف علي مهمة توثيق ما يصدر من البيانات والتوقيعات الالكترونيه والتصديق عليها ان يبذلوا الجهد المحقق لدعم هذه الوسائل ليقترن هذا

التعامـل بالثقـه والمصـداقية الكافيـه لوجـود القناعـة القضـائيه والتوثيق القانوني المطلوب الذي يقطع الخصومه ويحفظ الحقوق ، لان وجود والضوابط والضمانات امر لازم لسـلامة التعـاملات ، وفيما يلي جملة من الضمانات المرتبطة بتنظيم العمـل في المعـاملات الالكترونية ٠

المبحث الثاني

دلالة التوقيع الالكتروني علي الرضا

التراضي هو جوهر واحد اركان العقد ، وذلك مبدأ مسلم به " نصت عليه المادة ٨٩ من التقنين المدني المصري وكافة للنظم القانونية المقارنة [1] وقد قنن القرآن الكريم ذلك المبدأ في قوله تعالي " يأيها الذين آمنوا لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجاره عن تراض منكم ٠ "(سوره النساء الايه رقم ٢٩)

وفي هذا المبحث نستعرض ماقرره الفقهاء دالاً علي الرضا وكاشفاً له ، تمهيداً لإسقاط ماذكروه من قواعد واحكام علي : " التوقيع الإلكتروني " لمعرفة مدي دلالته علي الرضا ٠

---

(1) السنهوري جـ ١ مصادر الإلتزام ص ١٧٠ ومابعدها ٠

أولاً

الطرق الداله علي الرضا

الطريق الأول : الألفاظ :-

لا شك أن الألفاظ من أظهر الطرق الكاشفة بجلاء عن الرضا، ودلالة الألفاظ هي الطريق الاشهر والأظهر له وفي الواقع فهي الطريق الطبيعيه في اظهار الارادة الباطنة في النفوس ٠

وقد اتفق الفقهاء علي كون اللفظ دالاً علي الرضا ، وهناك تفاصيل طويلة في كتبهم في بحث دلالة الجمله الأسمية او الفعليه والصريحه والكفائيه ، ودلالة الخبر والانتشار[1] ٠

الطريق الثاني : المعاطاة :-

ويقصد بهذا : ان يعطي انسان سلعه لآخر ، ويدفع له الآخر قيمتها من غير تلفظ بالإيجاب والقبول ، وان يعرض التاجر السلعه – كما هو في كثير من التجارات اليوم – ، ويأخذها المشتري ويدفع ثمنها للبائع من غير تلفظ ، فهل هذه الصيغه وهي التي اصطلح المتقدمون علي تسميتها بـت :" المعاطاة " دالة علي الرضا،

---

(1) انظر مبدأ الرضا في العقود (٢/ ٨٣٥) " والمدخل " للزرقا(١/ ٤٠٥) ٠

ومن ثم يصح العقد بها ٠

اختلف العلماء في ذلك علي قولين مشهورين [1]

القول الأول :

هو صحة العقد بالمعاطاه ، وهو قول جمهور العلماء ماعدا الشافعية ، وذلك في كل شئ ، واختار بعض العلماء انه يصح فقط في المحقرات دون الأمور الغاليه والنفيسة ٠

ويقول الماوردي :" الصحيح من المذهب – أي مذهب الحنابلة – صحة بيع المعاطاة مطلقاً – وعليه جماهير الأصحاب ، وهو المعمول به في المذهب " [2] ٠

وغني عن البيان ان هؤلاء العلماء – وهم الجمهور – بتقريرهم جواز انعقاد البيع بالمعاطاة يرون ان " المعاطاة " داله علي الرضا ، وكافيه في كشف مافي النفس من ارادة باطنة ٠

(1) لابد من الاشاره هنا الي الفقهاء متفقون علي عدم صحة النكاح بالتعاطي ، قال القرافي في الفروق بعد بحثه للمسأله : " فهذه نصوص العلماء علي اختلافها لم يقل فيها احد بالمعاطاه في النكاح ، كما قالوه في البيع " : الفرق رقم ١٥٧ ، (٣/ ٩٢٨) ٠

(2) الانصاف (٤/ ٢٦٣) ٠

القول الثاني :

عدم صحة العقد بالمعاطاه

وهو رأي الشافعية والظاهرية ·

يقول الشيرازي : " ولا ينعقد البيع الا بالايجاب والقبول ، فأما المعاطاه فلا ينعقد بها البيع ، لأن اسم البيع لا يقع عليه " [1] ·

وتجدر الاشارة هنا الي أن بعض الفقهاء المعاصرين [2] قرر ان متأخري الشافعية جوزوا البيع بالتعاطي لشيوعه ، والحاجة اليه في خسيس الاموال ، أي رخيصها ، دون نفيسها ·

وقد اورد المصنفون ادلة كل قول ، ومناقشتها ·

الطريق الثالث : الكتابة :

يري جمهور العلماء [3] جواز انعقاد العقد بالكتابة ، وهي دالة عندهم علي الرضا ، بشرط ان تكون واضحة ، ويبقي رسمها بعد خطها ·

---

(1) المهذب (١/ ٢٥٧) ·

(2) الشيخ مصطفي الزرقا ، المدخل (١/ ٤١٥)

(3) انظر ، بدائع الصنائع (٣٠/ ١٣٣٠) ، والشرح الصغير (٢/ ٣٤٣) ، وكشاف القناع (٣/ ١٤٨) ، والمجموع (٩/ ١٦٧) ·

ويمكن القول هنا ان جمهور العلماء يرون ان الكتابه من الطرق الدالة علي الرضا ، والكاشف عن الإرادة الباطنة ٠

الطريق الرابع : الإشارة :

ويبحث الفقهاء هذه المسأله في صورتين :-

الأولي : إشارة الأخرس ٠

وقد اتفق الفقهاء علي جوازها في الجمله ، وصحة العقد بها ، وعلي هذا الاساس وضعت القاعدة : " الاشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان "[1] ٠

الثانيه : إشارة غير الأخرس :

يري جمهور العلماء عدم صحة العقد بالاشاره من القادر علي النطق قالوا : لأن الإشارة لا تسمي كلاماً ، ولذلك لايمكن ان تكون تعبيراً عن الرضا الا للعاجز عنه[2] ٠

واما المالكية واختيار بعض المحققين كشيخ الإسلام ابن

---

(1) انظر المجموع (٩/ ١٧١) ، والمغني (٧/ ٢٣٩) ٠

(2) انظر : الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣٤٤) ، والاشباه للسيوطي ص ٣٤٠ والإنصاف (٤/ ٢٦٠) ٠

تيميه فيرون انعقاد العقد بالإشارة ، وانها تدل علي الرضا ، بل ذهب بعضهم الي ان الاشاره اولي بالقبول من المعاطاه [1]٠

وهنا يثور اشكال في عدم اعتداد الجمهور بالاشاره من غير الأخرس ، واعتبارها دالة علي الرضا، مع انهم يرون صحة العقد بالمعاطاة بل ويجيز بعضهم انشاء العقد بمجرد السكوت في بعض الصور كما سوف يأتي ٠

ثم ان مما يرد علي اختيارهم في هذه الصورة هو " اعتدادهم بالاشاره من الاخرس ، وانها دالة علي الرضا ، وكاشفة عما في نفسه ، فالقياس ان تكون دالة علي الرضا في اشارة غير الأخرس ، علي اعتبار ان الصوره منطبقة تماماً ، ولا يخفي ان كونه اخرساً او غير أخرس ، علي اعتبار ان الصوره منطبقة تماماً ، ولا يخفي ان كونه اخرساً او غير اخرس وصف غير مؤثر إلا في حالة ما اذا قيل انها قبلت من الأخرس ضرورة وهذا غريب ٠

---

(1) مواهب الجليل (٤/ ٢٢٩) ، القواعد النورانية (ص١٠) ، اعلام الموقعين (١/ ٢١٨) ٠

الطريق الخامس : السكوت :

الأصل ان السكوت لا يدل علي الرضا ، وبالتالي : لا تنعقد به العقود وهذا ما اتفق عليه العلماء وقرروه في كتبهم [1] ومن القواعد في ذلك قولهم : " لا ينسب الي ساكت قول " .

إلا ان بعض العلماء جعل السكوت في بعض الصور دالاً علي الرضا وذلك في حالة ما اذا احتف به قرائن تنقله من السكوت المجرد سلبي الدلالة الي سكوت دال وكاشف عن الارادة الباطنة ، ومن امثلة ذلك ما اخرجه البخاري ومسلم عن ابي هريره قال : قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : " لا تنكح البكر حتي تستأذن ، قالوا : يارسول الله : كيف اذنها ؟ قال ان تسكت " [2].

ولا يخفي ان هذا استثناء من القاعدة الأساس ، قال ابن قدامة : " ان اللسان هو العبر عما في القلب ، وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإذن غير أشياء يسيرة اقيم فيها الصمت مقامه

---

(1) انظر : " الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ١٥٤ ، و" بلغة السالك " (٢/ ٣٨) ، " المنثور في القواعد (٢/ ٢٠٧) والمغني (٦/ ٤٩٣) ".

(2) صحيح البخاري مع الفتح (٩/ ١٩١) ، وصحيح مسلم (٢/ ١٠٢٧) .

لعارض "[1] .

ويوضح ذلك القاعدة الفقهيه : " لا ينسب لساكت قـول ، والسكوت في معرض الحاجه بيان " .

(1) المغني (٦/ ٤٩٣) .

ثانياً

دلالة التوقيع الإلكتروني علي شخص الموقع

سبقت الإشارة في تعريف التوقيع الإلكتروني انه عباره عن بيانات – اما حروف او ارقام او غيرها – في شكل الكتروني تستخدم لاثبات شخص من صدر منه التوقيع ، وتميزه عن غيره ، وهناك الكثير من الضمانات التي تكفل اكتشاف أي تعديل يحصل في هذا التوقيع [1]٠

وبالنظر في انواع التوقيع الالكتروني نجد انها صالحه في الدلاله علي شخص العاقد " فالتوقيع البيومتري " وهو المستند للخواص المميز للإنسان ، لايرد شك في دلالته علي شخص الموقع ، والتوقيع اليدوي علي شاشه الحاسوب فيه شبه كبير من التوقيع التقليدي الدال علي شخص الموقع

وكذلك التوقيع بالارقام السريه والتي لا يمكن تطابقها ، ولا يعلم بها إلا صاحبها ، او التوقيع الرقمي المستند علي علم التشفير ،

---

(1) انظر " ضوابط العقد في الفقه الاسلامي " للدكتور عدنان التركماني ص ٨٩ ، والمدخل الفقهي للزرقا ص ٤٢٦ ٠

وشهادات التصديق ، والمفاتيح الالكترونيه الخاصه والعامة •

والخلاصة : ان هذه التواقيع دالة علي شخص العاقد من الناحية الفقهيه •

تأسيساً علي ماسبق تقريره من دلاله التوقيع الالكتروني بكل انواعه علي شخص وهوية الموقع ، وانه دال علي رضاه استصاحباً للأصل ، وعملاً باليقين •

ولأن القول المتوافق مع القواعد الفقهيه والمقاصد الشرعيه في وسائل الاثبات هو : القول بعدم حصرها بعدد معين ، وان العبره بمدي بيانه واظهاره للحق •

وبالنظر لحقيقة التوقيع الإلكتروني ، والكيفيه التي يتم اجراءه بها ، والضمانات الكثيره سواء كانت خاصه بمجري التعامل الإلكتروني او الضمانات العامه الواردة في النظام والتي توجد الكثير من المصداقية في هذه التعاملات •

فكل هذه الاعتبارات كافيه للإستثناء عليه في التقاضي ، واعتباره حجه كافية لاثبات صحة الوثيقه الإلكترونيه الموقع عليها ، وضرورة التزام موقعها بما ورد في مضمونها ، مع احتفاظ من

استدل بها عليه بحقه في القدح بها وفق الطرق الشرعيه والأنظمة المرعيه في حال مخالفتها لشئ منها ٠

ومن الاعتراضات علي اعتبار التوقيع الإلكتروني حجه ووسيله من وسائل اثبات من ورد بمضمونه ماهو معروف في عالم التجارة الألكترونيه من المخاطر التي تكتنف هذه التجارة نظراً لطبيعة الاجراءات فيها والوسائل المستخدمة ، وتباعد المتعاقدين ، وما يرد علي ذلك من تقليل الخصوصيه ، والتشكيك في السريه ، نظراً لحصول الاختراقات وانتشار الفيروسات ونحو ذلك مما قد يضعف الحجية ٠

والجواب عن ذلك : ان الفقه الإسلامي لا يشترط اليقين في دلالة وسيلة الإثبات ، والا شق ذلك علي الناس ، فهناك من الوسائل التي قررها الفقهاء مالا يدل علي اليقين ويكتنفه الكثير من الاشكالات ، بل ان الشهاده لا تفيد اليقين فهناك احتمالية كذبهم او خطأهم ، واكثر من هذا فالاقرار وهو سيد الادلة كما يقال ٠[1]

---

(1) د . يوسف عبد العزيز المرجع السابق ص ٢٩ – ٣٠ .

فغاية مايفيد الظن الراجح ، لاحتمالية الكذب او الاكراه ونحـو ذلك ، وكل هذه الطرق حجة كما هو معلوم فكـذلك الحـال في التوقيع الإلكتروني بأنواعه الأربعه المشـار اليهـا في سـابقاً فهـي حجة مع مايرد عليها .

الفصل الرابع

القواعد الموضوعية في تنظيم التجارة الإلكترونية في التشريع المصري

لم يصدر في مصر تشريع ينظم التجارة الإلكترونية أو العقد الإلكتروني، ولكن صدر القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ، وقد تضمن القانون " ثلاثين مادة " تكفل توفير بيئة مناسبة لعمل تنظيم كامل ومحكم للتوقيع الإلكتروني ولانتشاره بين كافة قطاعات الدولة من حكومة وافراد عادية دون افتئات علي الحقوق المشروعة للمتعاملين في هذا المجال ، وفي مظلة الأمان القانوني وسنكتفي هنا بعرض لهيئه تنميه صناعه تكنولوجيا المعلومات التي وردت في القانون بإعتبارها تمثل آليه تنظيم التوقيع الالكتروني ثم نعرض الي المصطلحات ذات الدلاله القانونيه في التوقيع الالكتروني الوارده في القانون المصري مع الاشاره الي القانون النموذجي والقوانين المقارنه التي تناولت هذه المصطلحات ونري ان دراسه دور الهيئه كما وردت في القانون مع مدلول المصطلحات يؤدي الي فهم تنظيم التوقيع الالكتروني في القانون المصرى.

المبحث الاول

هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات

وقد انشأ القانون ١٥ لسنة ٢٠٠٤ هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، وقد اعترف لها القانون بالشخصيه الاعتباريه العامه وتتبع الوزير المختص بشئون الاتصالات والمعلومات ، ومقرها الرئيسي محافظة الجيزه ، وسمح لها القانون بانشاء فروع في انحاء جمهورية مصر العربيه م ١، ٢ من القانون ٠

تختص باصدار التراخيص اللازمة لمزاولة نشاط خدمات التوقيع ، الإلكتروني وغيرها من الأنشطة الأخري في مجال المعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات وقد خصص لها المواد من ٢-١٣ من نصوص القانون أي اكثر من ثلث نصوص القانون وسنعرض لها ببعض التفصيل ٠

وأناط القانون بهذه الهيئه تحقيق الهدف من اصداره الا ان مسلك القانون في هذا الجانب منتقد لان دور القانون هو وضع القواعد القانونيه لا ان يسهب ويعدد تسع اهداف ، وسنعرض لهذه الأهداف كما نصت عليها المادة ٣ من القانون ١٥/ ٢٠٠٤ تم

تعـرض للإختصاصـات التـي نعرضـها القـانون للهيئـة لتحقيـق اغراضها وهي ايضاً تسع وظائفـالا اننـا سـوف نشـير الي مجـالات تطبيق التوقيع الالكترونيه .

أولاً

مجالات تطبيق التوقيع الالكترونية

١- الحكومة الالكترونية :

وتشمل المعاملات الاداريه الحكوميه وخدمات المواطنين بشكل عام ومنها التصاريح المختلفه والخدمات التي تقدمها جميع الجهات الحكوميه كالجمارك والضرائب ومصلحه الاحوال المدنيه ، ممايضفي علي تلك المحررات الالكترونيه الحكوميه صفه المحررات الرسميه بسبب قيام الموظف العام للتوقيع عليها الكترونيا ويستهدف هذا كله رفع كفاءه العمل الاداري ، والارتقاء بمستوي اداء الخدمات الحكوميه بما يتفق مع ايقاع العصر .

٢- المعاملات التجاريه الالكترونيه :

وتشمل المعاملات ذات الطابع التجاري كالبيوع والاستيراد والتصدير وغيرها من العقود والتصرفات والتعاقدات التجاريه كحجز تذاكر السفر والفنادق والمعاملات المصرفيه التي تتم في شكل محرر الكتروني موقع توقيعاً الكترونياً .

٣- المعاملات المدنيه الالكترونيه :

وتشمل كل معامله الكترونيه ذات طابع مدني والتـي تخـرج عن مفهوم المعاملات التجاريه وبديهي ان الحاجه الي مـنح حجيـه للتوقيع الالكتروني في هذا الصدد من شأنه تشجيع تعامل المـدنيين ، مع بعضـهم الـبعض ومـع التجـار ، عـبر شـبكات الاتصـالات والمعلومات ومن بينها شبكه الانترنت .

ثانياً : أهداف الهيئه

وقد نصت الماده ٣ من القانون ١٥ لسنه ٢٠٠٤ علي بيـان اهـداف الهيئه وهي :

أ – تشجيع وتنميه صناعه تكنولوجيا المعلومات والاتصالات .

ب – نقل التكنولوجيا المتقدمه للمعلومات وتحقيـق الاسـتفاده منها .

ج – زياده فـرض تصـدير خـدمات الاتصـالات وتكنولوجيـا المعلومات ومنتجاتها .

د – الاسـهام في تطـوير وتنميـه الجهـات العاملـه في مجـال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات .

هـ – توجيـه وتشـجيع وتنميـه الاسـتثمار في مجـال صـناعه تكنولوجيا المعلومات والاتصالات .

و – رعايه المصالح المشتركه لانشطه تكنولوجيا المعلومات .

ز – دعم البحوث والدراسات في مجـال تكنولوجيـا المعلومـات والاتصالات وتشجيع الاستفاده بنتائجها.

ح – تشجيع ودعم المشروعـات الصـغيره والمتوسـطه في مجـال

استخدام وتوظيف اليات المعاملات الالكترونيه .

ط - تنظيم نشاط خدمات التوقيع الالكتروني وغيرها من الانشطه في مجال المعاملات الالكترونيه وصناعه تكنولوجيا المعلومات .

ثالثاً : وظائف الهيئه

وقد نصت الماده ٤ من القانون ١٥ لسنه ٢٠٠٤ تحديد وظائف الهيئه التي تحقق اغراضهاوعلي الاخص ما يأتي :

أ – اصدار وتجديد التراخيص اللازمه انشطه خدمات التوقيع الالكتروني وغيرها من الانشطه في مجال المعاملات الالكترونيه وصناعه تكنولوجيا المعلومات ، وذلك وفقا لاحكام القوانين واللوائح المنظمه لها .

ب – تحديد معايير منظومه التوقيع الالكتروني بما يؤدي الي ضبط مواصفاتها الفنيه .

ج – تلقي الشكاوي المتعلقه بأنشطه التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكتروني وتكنولوجيا المعلومات واتخاذ مايلزم في شأنها .

د – تقييم الجهات العامله في مجال انشطه تكنولوجيا المعلومات وتحديد مسئولياتها الفنيه بحسب نتائج هذا التقييم .

هـ – تقديم المشوره الفنيه بشأن المنازعات التي تنشأ بين الاطراف المعينه بأنشطه التوقيع الالكتروني والمعاملات

والالكترونيه وتكنولوجيا المعلومات .

و - تقديم المشوره الفنيه الي الجهات العامله في مجال انشطه تكنولوجيا المعلومات ، وتدريب العاملين فيها .

ز - اقامه المعارض والمؤتمرات والندوات المتخصصه في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات داخلياً وخارجياً .

ح - انشاء الشركات التي تساعد علي تنميه صناعه تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ، او المساهمه فيها .

ط - ايداع وقيد وتسجيل النسخ الاصليه لبرامج الحاسب الالي وقواعد البيانات ، التي تتقدم بها الجهات او الافراد الناشرون والطابعون والمنتجون لها للمحافظه علي حقوق الملكيه الفكريه وغيرها من الحقوق .

المبحث الثاني

مصطلحات ذات دلاله في المعاملات الالكترونيه

يرتبط مفهوم المعاملات الألكترونيه بمصطلحات ذات دلالة قانونيه في نطاق المعاملات الألكترونيه ، ونظراً لاهمية هذه المصطلحات فقد نص عليها قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الألكترونيه وقدم تعريفاً لها ، وعلي نفس النهج نصت المادة الأولي من قانون رقم ١٥/ ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني علي انه " في تطبيق احكام هذا القانون يقصد بالمصطلحات الآتيه المعاني المبينه قرين كل منها :-

١- الكتابة الألكترونيه ·

٢- المحرر الألكتروني ·

٣- التوقيع الألكتروني ·

٤- الوسيط الألكتروني ·

٥- الموقع ·

٦- شهادة التصديق الألكتروني ·

وذهب رأي [1] في الفقه المصري في دراسة حول الاطار القانوني للمعاملات الألكترونيه بانها ترتبط ارتباطاً عضوياً بمفاهيم ثلاث وهي المحرر والكتابة والتوقيع ، ومع اتفاقنا مع ذلك الرأي في اهمية هذه المفاهيم الا اننا نري ان دراسة الاطار القانوني للمعاملات الالكترونيه لاتكتمل بدون عرض وبحث باقي المصطلحات ذات الدلالة في المعاملات الألكترونيه والتي نصت عليها الماده الأولي من قانون التوقيع الالكتروني ١٥ لسنة ٢٠٠٤ ٠

---

(1) د٠ محمد حسام لطفي – الإطار القانوني للمعاملات الألكترونيه – دراسة في قواعد الاثبات في المواد المدنيه والتجاريه مع اشارة خاصه لبعض قوانين البلدان العربيه عام ٢٠٠٥ ص ٢٣ ومابعدها ٠

أولاً : الكتابة الألكترونيه

الكتابه هي رموز تعبر عـن الفكـر والقـول ، ولاتوجـد علاقة ضرورة بين الكتابـة والـورق فالكتابـه عرفهـا واسـتخدمها الانسان علي الحجر وعلي الخشب نحتاً ونقشاً وذلك ثابت في اثارنا الفرعونية ، وعلي جلد الحيوانـات ، وعـلي سـعف النخيـل وخـير شاهد علي ذلك تـدوين القـرآن الكـريم ، وفي تـاريخ لاحـق بعـد اختراع الورق ارتبطت الكتابة بالورق ولكن هـذا الارتبـاط مبـدأ يتراجع مع تطور وسائل الاتصال وقد نصت علي ذلك الكثير مـن الاتفاقيات الدولية مثال ذلك :-

١ - اتفاقية روما عام ١٩٨٥ بشأن الاعتراف باحكام التحكـيم الأجنبية وتنفيذها حيـث نصـت تـم١١/ ٢ عـلي ان شرط التحكيم يمكن ان يرد في عقد او اتفـاق موقـع عليـه او في تبادل خطابات او برقيات ٠

٢- اتفاقية نيويورك بشأن التقادم في البيوع الدوليـة للبضـائع عـام ١٩٧٢ وتنص م٩ من الاتفاقية الي ان مصطلح الكتابه ينصرف ايضاً الي المراسلات الموجهه في شكل برقية او تلكس ٠

٣- اتفاقية الأمم المتحدة الموقعه في فيينا بشأن النقل الدولي للبضائع عام ١٩٨١ ، وتنص م١٣ من الاتفاقية ان مصطلح الكتابه ينصرف ايضاً الي المراسلات الموجهه في شكل برقية او تلكس ٠

وفي قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التجاره الالكترونيه فقد نصت الماده الاولي منه علي نطاق تطبيقه بأنه " ينطبق هذا القانون علي اي نوع من المعلومات يكون في شكل رساله بيانات مستخدمه في سياق انشطه تجاريه " .

ونصت الماده الثانيه من نفس القانون علي ان المقصود برساله البيانات التي يتم انشاؤها او استلامها او تخزينها بوسائل الكترونيه او ضوئيه او بوسائل مشابهه وبما في ذلك علي سبيل المثال لا الحصر تبادل البيلنات الالكترونيه او البريد الالكتروني او البرق او التلكس او النسخ البري وعبارات نصوص قانون الاونيسترال واضحه في ان الاصل في التجاره الالكترونيه ان تكون من خلال وسائل الكترونيه او ضوئيه او وسائل مشابهه وعليه لم يعد للورق دوراً في انشاء هذه

المعاملات الالكترونيه وذلك هو ما نصت عليه الماده ١/ ١ من القـانون ١٥ لسـنه ٢٠٠٤ بـأن " الكتابـه الالكترونيـه : كـل حروف او ارقـام او رمـوز او اي علامـات اخـري تثبـت عـلي دعامه الكترونيه او رقميه او ضوئيه او ايه وسيله اخري مشابهه وتعطي دلاله قابله للادراك ."

حجيه الكتابه الالكترونيه :

بعد ان عرفت الماده ١ فقره ١ من القانون ١٥ لسنه ٢٠٠٤ ماهي الكتابه الالكترونيه ، اضفت الماده ١٥ من نفس القـانون حجيه الاثبات القانونيه للكتابه الالكترونيه وذلك بالنص عـلي ان الكتابه الالكترونيه في نطاق المعاملات المدنيـه والتجاريـه و الاداريه ، لها ذات الحجيه المقرره للكتابه والمحررات الرسـميه والعرفيه في احكام قانون الاثبـات في المـواد المدنيـه والتجاريـه متي استوفت الشروط المنصوص عليها في هـذا القـانون وفقـا للضوابط الفنيه والتقنيه التي تحـددها اللائحـه التنفيذيـه لهـذا القانون .

ثانيًا : المحرر الألكتروني :

هو المادة التي يكتب عليها ، ولا يوجد في الأصل اللغوي لكلمة محرر مايقصر معناه علي ماهو مكتوب علي نوع معين من الدعامات سواء كان ورقاً او غير ذلك ٠

ولايوجد في التشريعات المقارنة [1] نصاً يشترط نوعاً معيناً في المادة التي يكتب عليها او يكتب بها فيجوز الكتابه علي الورق او الجلد او الخشب او غير ذلك ، وكذلك يمكن الكتابة بالمداد السائل او المداد الجاف او بالقلم الجرافيت " الرصاص " او علي الألة الكاتبه وكل مايتطلبه التشريعات المقارنة في هذا الصدد هو ثبوت نسبة المحرر الي صاحبه ٠

والمحرر الألكتروني هو الجيل الحديث المتطور من المحررات في عالم المعاملات الالكترونية ، كما ان المعاملات الالكترونيه هي الجيل الحديث والمتطور في المعاملات السابقه للمعاملات قبل الالكترونية ٠

وقد نصت المادة ١/ ب من قانون تنظيم التوقيع الألكتروني

---

(1) محمد حسام لطفي – المرجع السابق ص ٢٤ ٠

المصري بأنه يقصد بالمحرر الألكتروني " رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ او تدمج ، او تخزن ، او ترسل او تستقبل كلياً او جزئياً بوسيلة الكترونية ، او رقميه ، او ضوئيه ، او باية وسيلة اخري مشابهة ٠

ويلاحظ علي ذلك النص ان المشرع المصري نقل عن الماده ٢/ أ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الألكترونية التي تنص بأنه" يراد بمصطلح " رساله وبيانات " المعلومات التي يتم انشاؤها او ارسالها او استلامها او تخزينها بوسائل الكترونية او ضوئيه او بوسائل مشابهه ، بما في ذلك علي سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية ، او البريد الألكتروني اوالمبرق او التلكس او النسخ البرقي"٠

حجيه المحررات الالكترونيه في الاثبات

تتضمن الماده ٩ من القانون الاونسترال النموذجي اعتماد حجيه المحررات الالكترونيه في الاثبات .

كما تضمن القانون المذكور الاعتماد علي مصداقيه التوقيع الالكتروني وشرط صحته .

واذا استعرضنا سريعا بعض القوانين العربيه التي تنظم موضوع التجاره الالكترونيه سنجد انالكثير منها قد قرر الحجيه القانونيه سواء لمستخرجات الحاسب او التوقيع الالكتروني والاعتراف لهما بقوه الثبوتيه بما يتحقق استقرار الاوضاع الاقتصاديه والامان للمتعاملين في مجال التجاره الالكترونيه .

فالقانون رقم ١٥ لسنه ٢٠٠٤ الصادر بتنظيم التوقيع الالكتروني في جمهوريه مصر العربيه ينص في الماده رقم ١٤ علي تمتع التوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنيه والتجاريه والاداريه بميزات الحجيه المقرره للتوقيعات في احكلم قانون الاثبات.

كما تنص الماده ١٥ منه علي تمتع الكتابه الالكترونيه والمحررات الالكترونيه مع الكتابه و المحررات الرسميه بذات الحجيه مني استوفت الشروط المنصوص عليها .

كما تتناول الماده ١٨ شروط تمتع التوقيع والكتلبه الالكترونيه والمحررات الالكترونيه بالحجيه في الاثبات اذا ما توافرت ثلاث شروط هي ارتباط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده

وسيطره الموقع وحده دون غيره علي الوسيط الالكتروني ، ثم امكانيه كشف أي تعديل او تبديل في بيانات المحرر الالكتروني.

وتنص المادجه رقم ٣٣ من قانون المعاملات الالكترونيه ٨٥ لسنه ٢٠٠١ الصادر في المملكه الاردنيه الهاشميه علي ان يعتبر السجل الالكتروني او أي جزء منه يحمل توقيعاً الكترونياُ سجلا موثقاً بكامله .

كما نص التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني الصادر في دوله فلسطين في الماده ٩ الفقره ٢ علي ان المعلومات التيعلي شكل رساله بيانات يكون لها ما تستحقه من حجيه في الاثبات مع مراعاه جداره الطريقه التي استخدمت في انشاء وتخزين او ابلاغ رساله البيانات والطريقه التي استخدمت في المحافظه علي سلامه المعلومات .

وتؤكد الفقره رقم ٢ من الماده ١٢ من القانون رقم ٢ لسنه ٢٠٠٢ الصادر بخصوص التوقيع الالكتروني والتجاره الالكترونيه في دوله الامارات علي ان للمعلومات الالكترونيه ما تستحقه من حجيه في الاثبات .

ويبين من ذلك اتفاق التشريعات العربيه والدوليه علي الاعتراف بالمحررات الالكترونيه ومستخرجات الحاسب الآلي والتوقيع الالكتروني والاعتراف لها بحجيه الاثبات القانونيه والتي تتوقف علي درجه التعويل عليها في نقل اراده الاطراف كتعبير حقيقي لاتمام المعاملات بالاضافه الي درجه الامان في التعامل بواسطتها .

وقد حددت الماده ٨ من اللائحة التنفيذيه للقانون (1) الضوابط الفنيه والتقنيه التي تتحقق بها حجيه الاثبات المقرره للكتابه الالكترونيه والمحررات الالكترونيه الرسميه او العرفيه لمنشئها علي النحو التالي:-

أ – أن يكون متاحاً فنياً تحديد وقت وتاريخ انشاء الكتابه الالكترونيه او المحررات الالكترونيه الرسميه او العرفيه ، وان تتم هذه الاتاحه من خلال نظام حفظ الكتروني مستقل

(1) قرار رقم ١٠٩/٢٠٠٥ بتاريخ ١٥/٥/٢٠٠٥ باصدار اللائحة التنفيذيه لقانون التوقيع الالكتروني وبانشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات – الوقائع المصريه العدد ١١٥ تابع في ٢٥/٥/٢٠٠٥ .

وغير خاضع لسيطره منشئ هذه الكتابه او تلك المحررات ، او السيطره المعني بها .

ب – ان يكون متاحاً فنياً تحديد مصدر انشاء الكتابه الالكترونيه او المحررات الالكترونيه الرسميه او العرفيه ودرجه منشئها علي هذا المصدر وعلي الوسائط المستخدمه في انشائها .

ج – في حاله انشاء وصدور الكتابه الالكترونيه او المحررات الالكترونيه الرسميه او العرفيه بدون تدخل بشري ، جزئي او كلي ، فإن حجيتها تكون متحققه متي امكن التحقق من وقت وتاريخ انشائها ومن عدم العبث بهذه الكتابه او تلك المحررات .

ثالثًا : التوقيع الألكتروني

من المعلوم ان التوقيع بصوره عامه : علاقه شخصيه يضعها الموقع باسمه ليؤكد صحه مضمون الورقه وصدق ما كتب بها ، فهو بهذا يميز هويه وشخصيه الموقع .

فإذا كان علي الاوراق فهو توقيع تقليدي ، واذا كان باستخدام الاجهزه الالكترونيه فهو توقيع الكتروني [1] وقد ورد " التوقيع الالكتروني " في قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونيه " في الماده الثانيه بأنه " بيانات في شكل الكتروني مدرجه في رساله بيانات او مضافه عليها ، او مرتبطه بها منطقياً يجوز ان تستخدم لتعيين هويه الموقع بالنسبه الي رساله البيانات ، ولبيان موافقه الموقع علي المعلومات الوارده في رساله البيانات .

ولم يرد في التشريع المصري تعريفاً قانونياً للتوقيع ، فالمادة

(1) جاء تعريف مصطلح " الكتروني " في قانون المعاملات الالكترونيه الاردني بأنه " تقنيه استخدام وسائل كهربائيه او مغناطيسيه او ضوئيه او الكترومغناطيسيه او أي وسائل متشابهه في تبادل المعلومات وتخزينها " .

١٤/ ١ مـن قـانون الاثبـات رقـم ٢٥/ ١٩٩٨ نصـت عـلي ان "
يعتبرالمحرر العـرفي صـادراً ممـن وقعـه مـالم ينكـر صراحـة مـاهو
منسوب اليه من خط او امضاء او ختم او بصمة " ٠

ومفاد ذلك ان الختم والبصـمه لهـا نفـس الحجيـة والقيمـه
القانونيه للتوقيع بخط اليد [1] ٠

وكذلك لم يرد في التشريع الفـرنسي تعريفـاً للتوقيـع فالمـاده
١٣١٦ من القـانون المـدني تـنص عـلي ان :" الاثبـات الخطـي او
الاثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف ، للخصائص ، للأرقام ،
ولكل رمز او اشارة مخصصة لعلامة مفهومـة واضـحة ، اياماكـان
دعاماتها وشكل ارسالها " ٠

وذلك التعريف الموسع للإثبـات عـن طريـق الكتابـه مـنح
القضاه سلطة تقدير واسعة في الاعتداد بكـل توقيـع يعتـبر علامـة
شخصيه مميزه لصاحبه ٠

---

(1) M.Jean-pierre Scrando, Theme et variations sur la signature, Les petites Affiches, 8 Mars1991,NO33 et s ; P.II et s .

حيث قبل القضاء التوقيع باسم مستعار [1] او بلقب ديني [2] او بالاسم الاول دون اللقب العائلي [3] او بالحروف الأولي من الأسم [4] او حتي بمجرد التاشير [5] ٠

كما نصت الماده ٧ من قانون الاونسيترال : " عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص ، يستوفي ذلك الشرط بالنسبه الي رسالة البيانات اذا :

(أ) استخدمت طريقة لتعيين هويه ذلك الشخص والتدليل علي مواققة ذلك الشخص علي المعلومات الواردة في رسالة البيانات ٠

ويلاحظ الصيغه المرنه لنص المادة السابقة والتي استوحي منها التشريع المصري وغيره من التشريعات المقارنه في عدم التمييز

---

(1) انظر بشأن توقيع عقد الزواج : Cass. Req , 20 Oct,1908 .D.P. 1910 , I. 291.

(2) Cass . Req.23 Mars. 1824. 5. 1828. I.. 245.

(3) Cass . Civ.24 Juin 1952. GAZ. PAL. 1952 .2 .162. .

(4) انظر بشأن وصيه خطية موقعه بالاسم الأول : C.A. Paris,22 Mai 1975 .som.8.

(5) د. حسام لطفي – الأحكام المذكورة مشار إليها في : مرجع سابق ص٢٩ وما بعدها .

بين التوقيع التقليدي والتوقيع الالكتروني وان شرط الاعتداد بالتوقيع هو ان يكون علامه شخصيه مميزه لصاحبه ، او بتعبير آخر دلالته علي صاحبه .

وقد نصت المادة ١ فقره ج من القانون ١٥/ ٢٠٠٤ بأن المقصود بالتوقيع الألكتروني " مايوضع علي محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف ا و ارقام او رموز او اشارات او غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره .

ويلاحظ علي تفسير المشرع المصري للتوقيع الالكتروني انه يتكون من عنصرين الأول انه حدد صور لماهية التوقيع الألكتروني وذلك بان ما يوضع علي محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف او أرقام او رموز او اشارات او غيرها وذلك الجانب من التعريف لانجد له مثال سواء في قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الألكترونيه ، ولا مثال في قانون التوقيع الالكتروني الفرنسي .

اما العنصر الثاني في تعريف المشرع المصري للتوقيع الالكتروني فهو تعريف وظيفي وذلك بنصه ان يكون له ، أي

التوقيع الالكتروني طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره ، ذلك الجانب من التعريف نجد ان المشرع المصري نقله عن المشرع الفرنسي وكذا ، عن قانون الاونسيترال٠

واما عن حجيه التوقيع الالكتروني فقد نصت المادة ١٤ من القانون رقم ١٤ من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بانه " للتوقيع الالكتروني " في نطاق المعاملات المدنيه والتجارية والاداريه ذات الحجه المقرره للتوقيعات في احكام قانون الاثبات في المواد المدنيه والتجاريه ، اذا روعي في انشائه واتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنيه والتقنيه التي تحددها اللائحة التنفيذيه لهذا القانون " ٠

ويري Larrieu لنه لايوجد ، كقاعده عامه ، تعريف قانوني للتوقيع وانه لا يشترط في التوقيع الا ان يكون دالاً علي صاحبه وان الالتزام بالتوقيع بخط اليد لا يفرضه القانون ، الا في حالات خاصه٠

وعلي ذلك فانه لاتوجد أي عقبه قانونيه تعترض تشبيه التوقيع الالكتروني بالتوقيع العادي ، كما ان النصوص القانونيه

الحاليـه ، والاحكـام القضـائيه لا تـتحفظ في شـأن تعـادل الاثـر القانوني في الاثبات بين محرر الكتروني وبين محرر مكتوب [1]٠

وفي فرنسـا صـدر قـانون التوقيـع الالكـتروني ودوره في الاثبات ثم ادرجت نصوصه ضمن القانون المدني الفرنسي ونصت الماده ١٣١٦/ ١ مدني فرنسي المعدله " الكتابـة الالكترونيـه تكـون مقبوله في الاثبات بـنفس الحجيـة المعطـاه للكتابـه عـلي دعامـات ورقية ، بشرط ان يكون بالامكان تحديد الشخص الذي اصدرها ، ويشترط ان يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن كمالها " ٠

كما نصت المادة ١٣١٦/ ٣ مدني فـرنسي المعدلـة عـلي ان :" الكتابه علي دعامة الكترونيه لهـا نفـس القـوة الثابتـه للكتابـه عـلي دعامات ورقية "٠

وبناء علي ماتقـدم يمكـن القـول ان المشرع المصري والمشرع الفرنسي قد ساويا بشـكل كامـل بـين كـل مـن الكتابـه والتوقيـع التقليدي والكتابه والتوقيع الالكتروني وان لكل منها نفـس الاثـر

---

(1) د . محمد حسام لطفي ، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونيه طبعه ٢٠٠٥ ص ٢٧ ومابعدها

في الاثبات ٠

وفي حكم هام لمحكمة النقض المصريه صدر عام ٢٠٠٠ [1] قررت فيه مبدأ حجية الورقة المرسله بالفاكس وماحوته من توقيع استنادا الي مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بشهادة الشهود او بالقرائن القضائيه واهمية هذا الحكم انه تبني واعتمد تفسيراً وتطبيقاً متطوراً لمبدأ ثبوت بالكتابه الذي نصت عليه المادة ٦٢ من قانون الاثبات ٠

وجدير بالاشاره ان هذا الحكم كان بمناسبة مدي حجية استقالة عامل مرسله بالفاكس ، فنقضت محكمة النقض حكم محكمة استئناف القاهره [2] الذي رفض احالة الدعوي للتحقيق لاثبات مطابقة صورة الفاكس المرسلة اليها للأصل الذي تحت يد المرسل واسندت المحكمة حكمها الي اعتبار الفاكس مبدأ ثبوت بالكتابة ويجوز تكملته بشهادة الشهود او بالقرائن القضائيه ، ورفضت محكمة النقض اعتباره مجرد صوره لا حجية لهااذا انكرها

---

(1) طعن مدني رقم ٩٨٧/ ٦٩ ق صدر بجلسة ٢٢ يونيه ٢٠٠٠ ٠

(2) حكم استئناف القاهره ٦٣٧، ٦٤٩ لسنة ١١٤ ق جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٩ ٠

من نسبت اليه وتمسك بتقديم اصلها ولم يقدم ٠

كما قضت محكمة التمييز بدبي[1] في ٢٤/ ١٢/ ١٩٩٥ بحجية الفاكس علي اساس ان الأصل في رسالة الفاكس المرسلة الي المرسل اليه علي نحو ماجري به قضاء هذه المحكمة تعتبر عند ثبوت صدورها ممن ارسلها نسخه من اصلها وليست مجرد صوره ضوئيه له وان هذا الأصل يكون محفوظاً لدي مرسلها ، مما لايجوز معه في هذه الحاله تكليف المرسل اليه بتقديمه ٠

ويتضح من هذه التعاريف ان المراد " بالتوقيع الالكتروني " مجموع البيانات التي تكون بشكل الكتروني ، وسواء كانت حروفا او ارقاما او غيرها ويهدف التوقيع الالكتروني في الاساس الي تحديد هويه الموقع وتمييزه عن غيره ، واما ما ورد في بعض التعاريف من انه يفيد رضي الموقع فهذا في الحقيقه اثر من اثار التوقيع ، وهو وصف خارج عن تعريف التوقيع الالكتروني ، وتحديد مدلوله ، لانه قد يوقع بهذه الاشكال الالكتروني وهو

---

(1) مجله النقض والتشريع دبي ، العدد (٦) ديسمبر ١٩٩٧ (طعن رقم ١٢٧ س٩٩٥ ، حقوق رقم ١٤١ ص ٨١٣ .

مكره مثلاً ، كما هو الحال تماماً في التوقيع الالكتروني .

فغايه ما يفيد التوقيع الالكتروني في تحديدهويه الموقع وتمييزه عن غيره من خلال عدد من الضمانات الخاصه ، والعامه ، والتي في النهايه تكسبه الحجيه .

فمن الضمانات الخاصه الاجراءات الدقيقه والمنظومه المعقده في الوسيط المستخدم لنقل هذا التوقيع ، واستخدام تقنيه الشفرات والمفاتيح العامه والخاصه ، والتي سنشير اليها في انواع التوقيع .

ومن الضمانات العامه ما ورد في التواقيع المتعلقه بتنظيم التعاملات الالكترونيه او التوقيع الالكتروني من احكام عاعمه تكفل الي درجه كبيره صحه التوقيع الالكتروني .

انواع التوقيع الالكتروني :

للتوقيع الالكتروني بمعناه العام عدد من الصور وهي :

١- التوقيع اليدوي علي شاشه جهاز الكمبيوتر او لوحه خاصه معده لذلك باستعمال قلم خاص عند ظهور المحرر الالكتروني المراد التوقيع عليه الشاشه ، ويطلق عليه " Pen Computer Signatures "

٢- التوقيع باستخدام الخواص المميزه للانسان دون غيره " المقاييس الحيويه " ويسمي :" التوقيع البيومتري "

٣- التوقيع برقم التعريف السري ، كما في بطاقات الائتمان.

٤- التوقيع الرقمي ، ويسمي " التوقيع بالتشفير " Digital Signature " وهو التوقيع الذي يتم انتاجه باستخدام تقنيات علم التشفير من خلال عمليه متعدده الخطوات تتضمن تشكيل وانشاء رساله الكترونيه ، وتشفيرها واختصارها الي مجموعه من الارقام او الخانات الرقميه التي تشكل ما يمكن تسميه بالبصمه الالكترونيه ومن ثم ارسالها الي الشخص المستقبل الذي يمكنه من خلال مفاتيح معينه خاصه به التوثق من الرساله من حيث مضمونها وشخصيه مرسلها، وسلامتها من التعديل والتزوير

منذ لحظه ارسالها الي حين استقبالها [1]

ويستند التشفير علي عدد من الانظمه ، منها :

- ويستند المفتاح المتماثل .
- ونظام المفتاح العام .
- ونظام المزج بين المفتاح المتماثل والمفتاح العام [2]

حجيه الاثبات للتوقيع الالكتروني :

وقد نصت المادتين ٩ ، ١٠ من اللائحه التنفيذيه للقانون ١٥ لسنه ٢٠٠٤ علي ضروره توافر ثلاث شروط يتحقق بهم حجيه الاثبات للتوقيع الالكتروني :

الشرط الاول : ارتباط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده :

وقد نصت علي ذلك الشرط الماده ٩ من اللائحه واشترطت اضافه الي ذلك ان يستند التوقيع الي منظومه تكوين

---

(1) انظر حول هذه الانواع وتفصيلها الموقع الالكتروني " للدكتوره سميحه القليوبي ، و " الجوانب القانونيه للتوقيع الالكتروني " للذكتور ملحم خلف ، والورقتان المنشورتان في مجله التحكيم العربي العدد السابع لعام ٢٠٠٤ .

(2) انظر في توصيف هذه الانظمه وشرحها بالصور كتاب : " عالم التجاره الالكترونيه " تأليف رافت رضوان ص ٨٤ .

بيانات انشاء توقيع الكتروني علي النحو الوارد في المواد ٢ ، ٣ ، ٤ من اللائحه وهذه المواد غايتها تحقيق الامال للتوقيع الالكتروني .

الشرط الثاني : التحقق من صحه التوقيع الالكتروني بأحد وسيلتين هما :

أ – ارتباط التوقيع بشهاده تصديق الكتروني معتمده ونافذه المفعول صادره من جهه تصديق الكتروني مرخص لها او معتمده (ماده ٩ فقره أ من اللائحه) .

ب – ان يتم التحقق من صحه التوقيع الالكتروني طبقا لنص الماده ٧ من اللائحه وذلك من خلال خدمه فحص التوقيع الالكتروني الذي تقدمه الهيئه وذلك بإصدار شهاده فحص التوقيع الالكتروني استنادا لاحد الوسائل التي نصت عليها الماده ٧ من اللائحه .

الشرط الثالث : التحقق من سيطره الموقع دون غيره علي الوسيط الالكتروني المستخدم في عمليه تثبيت التوقيع الالكتروني عن طريق حيازه الموقع لاداه حفظ المفتاح الشفري ، متضمنه البطاقه الذكيه المؤمنه والكود السري المقترن بها .

رابعًا:

الوسيط الألكتروني

وقد عرفته م١ فقره د من القانون رقم ١٥/ ٢٠٠٤ بأنه "

اداة او ادوات او انظمة انشاء التوقيع الالكتروني ٠

خامسًا:

الموقع

وقد عرفته م١ فقره هـ من القانون رقم ١٥/ ٢٠٠٤ بأنه : "

الشخص الحائز علي بيانات انشاء التوقيع ويوقع عن نفسه او عمن ينيبه او يمثله قانونا ٠

سادساً:

شهادة التصديق الألكتروني

هي عبارة عن وثيقة تثبت ملكية شخص لتوقيعه الالكتروني تعمل علي اصدارها جهات موثوقة لكل الأطراف في المراسلات الألكترونية ٠

والتوقيع الالكتروني ليس " جرة قلم " بل هو رموز محسوبه بواسطة برنامج حاسوبي يستخدم مفتاحاً سرياً يكون حصراً لصاحب ذلك التوقيع ٠

لابد من الاشاره الي ان الشهادة الإلكترونية هي وثيقة تصدر عن جهة رسمية تصادق علي صحة التوقيع الإلكتروني الصادر عن محرر الوثيقه وعندها فقط تنتقل الوثيقه الإلكترونية الموقعه توقيعاً إلكترونياً من مرحلة السند العادي الي مرحلة السند الرسمي ٠

كما يشترط في التوقيع ان يكون دالاً دلالة قاطعة علي صدوره من صاحبه ، وفي هذه الحاله فقط ينتقل النص المحرر من مرحلة الاعداد الي مرحلة الانجاز ، وبعبارة اخري أن المحرر الموقع وحده هو الذي يعد اصلاً في نظر القانون وإلا اعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة

ولا يعتبر سنداً عادياً ٠

ونص قانون التوقيعات الفرنسي رقم ٢٣٠/ ٢٠٠٠ المعدل للمادة ١٣١٧ من التقنين المدني الفرنسي ان يتم التصديق علي التوقيعا بالطرق الإ لكترونيه من خلال شبكات وتقنيات معده لهذا الغرض ٠

وقد تطلب المشرع الفرنسي ضرورة وجود شهادة مصدق عليها من جهات معتمدة P S C وانه لايكون للتوقيع الإلكتروني أية حجية قانونيه مالم توجد شهادة مصدق عليها من الجهات المختصة بذلك وفقاً للقانون الفرنسي ، كما ان مقدمي خدمات التصديق في فرنسا يخضعون لرقابة الحكومة علي مايقومون به من خدمات [1] ٠

واصدرت الولايات المتحدة الأمريكية في ٣٠ يونيه ٢٠٠٠ قانوناً فيدرالياً بعنوان :

" التوقيع الإلكتروني في مجمله وفي مجال التجارة الإلكترونية "

---

(1) د .مسعد السيد قنديل – التوقيع الإلكتروني طبعة ٢٠٠٤ ص ١١١ ٠

ويشار الي ذلك القانون E. Sign [1] واصبح القانون نافـذاً في اكتوبر ٢٠٠٠ ٠

ويلاحظ الطبيعه الفيدرالية للنظـام القـانوني الأمريكـي التـي تسـمح للولايـات الأمريكيـة بجانـب القـانون الفيـدرالي اصـدار قوانين داخلية خاصه بكل ولاية تتعلق بـنفس الموضـوع مـع مـنح هذه التشريعـات الداخليـة للولايـات الحـق في ان تضـع شـروطـاً تكميلية مما يخلق تنازعاً في تحديد القانون الواجب التطبيق ٠

ومثال ذلـك ان مجلـس توحيـد قـوانين الولايـات الأمريكيـة NATIONAL CONFERENCE COMMISSIONERS ON UNiFORM STATE LAW اعتنق الشكل الإلكتروني للصـفقات ، أي اقر بقبـول ابـرام تصرفـات قانونيـة في شـكل صـفقات عـبر الوسائل الالكترونية وهـي مـايرمز اليهـا . UETA (UNiFORM Electronic Transations Act ٠

وقـد صـدر قـانون لبـرام الصـفقات عـن طريـق التصرفـات الإلكترونيــة UETA والقــانون الخــاص بــالتوقيع الألكــتروني

---

(1) Electronic signature in gloal and national commerce Act,pub.,No.106-229,114 state. 464 (I er octobre 2000) .

والتصرفات الرقمية ESRA[1].

وسنعرض لاهم الاحكام الوارده في القانون ١٥/ ٢٠٠٤ بشأن شهاده التصديق الالكتروني

وقد نصت الماده الاولي فقره و من القانون المصري رقم ١٥ لسنه ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الالكتروني بأن "يقصد بشهاده التصديق الالكتروني الشهاده التي تصدر من الجهه المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبين انشاء التوقيع "

اصدارها بترخيص من هيئه تنميه صناعه تكنولوجيا المعلومات :

وقد نصت الماده ١٩ من القانون :

" لاتجوز مزاوله نشاط اصدار شهادات التصديق الالكتروني الا بترخيص من الهيئه ، وذلك نظير مقابل يحدده مجلس ادراتها للاجراءات والقواعد والضمانات التي تقررها اللائحه التنفيذيه لهذا القانون ودون التقيد باحكام القانون رقم ١٢٩ لسنه

---

(1) Florance DARQUES et laurence BIRNBAUM-sarcy : la signature electronique comparaison entre les legislations Francaises et americaines art , prec .p.4.

١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامه ، ومع مراعاه ما يأتي :

(أ) ان يتم اختيار المرخص له في اطار من المنافسه والعلانيه .

(ب) ان يحدد مجلس اداره الهيئه مده الترخيص بحيث لاتزيد علي تسعه وتسعين عاماً .

(ج) ان تحدد وسائل الاشراف والمتابعه الفنيه والماليه التي تكفل ير المرفق بانتظام واطراد .

ولايجوز التوقف عن مزاوله النشاط المرخص به او الاندماج في جهه اخري او التنازل عن الترخيص للغير الا بعد الحصول علي موافقه كتابيه مسبقه من الهيئه " .

بيانات الشهاده :

نصت الماده ٢٠ من القانون علي ان تحدد اللائحه التنفيذيه البيانات التي يجب ان تشتمل عليها شهاده التصديق الالكتروني وقد حددت الماده ٢٠ من اللائحه التنفيذيه

بأنه " يجب ان تشتمل نماذج شهادات التصديق الالكتروني التي يصدرها المرخص له علي البيانات الاتيه ، وذلك علي نحو

متوافق مع المعايير المحدده في الفقره (أ) من الملحق الفني والتقني:

١- مايفيد صلاحيه هذه الشهاده للاستخدام في التوقيع الالكتروني .

٢- موضوع الترخيص الصادر للمرخص له ، موضحاً فيع نطاقه ورقمه وتاريخ اصداره وفتره سريانه .

٣- اسم عنوان الجهه المصدره للشهاده ومقرها الرئيسي وكيانها القانوني والدوله التابعه لها ان وجدت .

٤- اسم الموقع الاصلي او اسمه المستعار او اسم شهرته ، وذلك في حاله استخدامه لاحدهما.

٥- صفه الموقع .

٦- المفتاح الشفري العام لحائز الشهاده للمفتاح الشفري الخاص به .

٧- تاريخ بدء صلاحية الشهاده وتاريخ انتهائها .

٨- رقم مسلسل الشهاده .

٩- التوقيع الالكتروني لجهه اصدار الشهاده .

١٠- عنوان الموقع الالكتروني (Web site)

المخصص لقائمه الشهادات الموقوفه او الملغاه

ويجوز ان تشمل الشهاده علي أي من البيانات

الاتيه عند الحاجه :

١-مايفيد اختصاص الموقع والغرض الذي تستخدم

فيه الشهاده .

٢-حد قيمه التعاملات المسموح بها بالشهاده .

٣-مجالات استخدام الشهاده .

الحمايه الجنائيه :

وقد نصت م ٢٣ فقره أ ، من القانون ١٥لسنه ٢٠٠٤علي عقوبه الحبس والغرامه التي لاتقل عن عشره الاف جنيه ولا تجاوز مائه الف جنيها او باحدي هاتين العقوبتين لمن اصدر شهاده تصديق الكتروني دون الحصول علي ترخيص بمزاوله النشاط من الهيئه .

وجدير بالاشاره ان هذا الجزاء لايؤثر علي حق المضرور من اللجوء للقضاء المدني بطلب التعويض عن الاضرار التي لحقته أي ان بجانب المسئوليه الجنائيه توجد المسئوليه المدنيه اذ توافرت شروطها .

الفصل الخامس

عقد التجاره الالكتروني الدولي

متي يكون عقد التجاره الالكتروني وطنياً ؟ ، ومتي يكون عقد التجاره الالكتروني دولياً ؟ وما هو معيار الدوليه ؟ الاجابه تترتب عليها نتائج قانونيه هامه ومختلفه في كل حاله من حيث القانون الواجب التطبيق علي هذا العقد ، ومن حيث المحكمه المختصه بنظر المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد .

ولما كان قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجاره الالكترونيه قد خلي تماما من أي اشاره او نص لهذه المسأله .

وتبعه في ذلك المسلك القانوني المصري١٥/ ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الالكتروني فإننا نعرض لها لاهميتها لنقرر متي يكون عقد التجاره الالكتروني محليا ومتي يكون دولياً ؟

ذلك ان التجاره الالكترونيه والتي من اميز خصائصها انعدام الاتصال المحسوس بين التاجر والعميل لانهما في الغالب يتواجدان في دولتين مختلفتين واذا دققنا النظر في عقود التجارة الالكترونيه نجد انها تتخذ أحد شكلين :

الاول : ان يقتصر مقدم العرض عرضه داخل حدود دولة واحده فقط وذلك كأن يعرض تاجر بيع سلعه معينه بثمن معين

علي الشبكة " الانترنـت " ويقصر عرضـه عـلي العمـلاء المنتمـين لدولته فقط تجنباً لمخاطر البيع لشخص متواجد في دولـة اخـري ، ففي هذه الحاله يتضح ان العقد تتركز عناصره في داخـل الدولـة ، ولا يوجد عنصر اجنبي ، سواء تعلـق ذلـك بـأطراف العلاقـه او موطنهم او مكان ابرام او تنفيذ العقد فان العقـد والحالـه هـذه لا يعد دولياً ويعتبر عقداً داخلياً بحتاً ولا يمكن معـه الحـديث عـن قواعد تنازع القوانين او الاختصاص القضائي ومن ثم فلا يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص وهذا النوع قليل بل نادر ٠

الثاني : ان يطلق مقدم العرض عرضه ولا يقيده بـالعملاء المتواجدين في دولة ما ، بل متاح لجميع من يرغب في اقتناء السلعه المعروضه وفي هذه الصوره يعد العقد دولياً لاشـتمال العقـد عـلي طرف اجنبي متمثل في اختلاف جنسية الأطراف او موطنهم لانـه يلزم منه انتقال السلع والأموال عبر الحدود بين الدول .

ومعيار دولية العقد أثار جدلا واختلافا فى الفقه والقضاء المقارن وسنعرض لذلك لأهميته القانونية .

ولما كان تحديد معيار الدوليه اثـارت جـدلا في الفقـه وفي القضاء المقارن فإننا نعرض له لاهميته القانونيه

الدوليـة في العقـد هـي شرط او مفـترض تطبيـق قواعـد القانون الدولي الخاص . وبدون هذه الدولية لا تثار مشكلة تنازع

القوانين أمام القاضي او المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق علي العلاقة المطروحة أمامه .

وأفتقاد شرط الدولية في العقد المطروح أمام القاضي يعني ان علي القاضي ان يطبق قانونه او ما اتفق عليه المتعاقدان حتي لو كان قانوناً أجنبياً بإعتباره من الشروط التعاقدية اذا كان قانون القاضي يسمح بذلك بشرط الا يجوز لها مخالفة النظام العام او القواعد الآمرة في قانون القاضي دون الرجوع الي قواعد التنازع[١].

اما توافر شرط الدولية في عقد التجاره الالكتروني يعني انه علي القاضي ان يرجع الي قواعد الاسناد في قانونه لتكشف له عن القانون الواجب التطبيق في النزاع المثار بشأن ذلك العقد ، بصرف النظر عن ان هذا القانون اجنبياً او القانون الداخلي لدوله القاضي .

ويتفق الفقه علي أن مبدأ دوليه العقد مسأله اوليه لازمه لاعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، وقد اختلف جانب في الفقه حول اساس او تبرير مبدأ الدولية الي نظرية شخصية وموضوعيه[٢] كذلك استقر القضاء علي مبدأ دوليه العقد .

(1) د . مصطفي الجمال ، د . عكاشه عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصه الدوليه والداخليه جـ ١ سنه ١٩٩٨ رقم ١٧٨

(2) هشام صادق. القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية طبعه ٢٠٠١ ص ٥٨ .

وفي ايطاليا ظهر اتجاها فقهياً يمثل خروجاً علي مبدأ دوليه العقد ، ويري هذا الاتجاه بحق المتعاقدين في اختيار قانون العقد بصرف النظر عن اتسام الرابطه العقدية بالطابع الدولي من عدمه[1].

وقد انتقد الفقه في فرنسا ، وفي مصر[2] هذا الاتجاه لاسباب نؤيدهاذلك ان هذا الاتجاه : يهدر التفرقه بين العقود الداخليه والعقود الدوليه كأساس لاعمال قواعد القانون الدولي الخاص ويبتدع معياراً جديداً في اطلاق تكييف العقد بوصفه دولياً او داخلياً ، ومايترتب علي ذلك من أثار ، بالنظر الي ارادة اطراف العقد من منظور اختيارهم للقانون الواجب التطبيق علي العقد فالعقد الوطني الذي تتركز كافه عناصره في دوله القاضي يكون دوليا اذا اتفق اطرافة علي خضوعه لقانون اجنبي والعقد للدولي يكون وطنياً اذا كان يخضع للقانون للداخلي لقانون القاضي.

ان هذا الاتجاه يقنن الغش نحو القانون ويعترف للمتعاقد بإضفاء الصفه الدوليه علي العقد الداخلي بما يخالف وصفه وتكييفه الصحيح .

كما ان هذا الاتجاه يخالف مبدأ مستقر في النظم القانونيه

---

(1) Guiliano la loi applicable aux contrats: problemes choisis, Recueil des cours, la Haye vol 158,1977,p.224 ets

(2) د . هشام صادق – المرجع السابق ص ٦٣ .

المقارنه وهو مبدأ خضوع التكييف للعلاقه القانونيه لقانون القاضي وان ما يعتبر عقد دولياً او وطنياً هي مسأله تكييف يستمدها القاضي من الخصائص الذاتيه للرابطه العقديه ويخضع تقدير القاضي في هذه المسأله لرقابه محكمه النقض وبإعتبارها مسأله قانونيه .

لذلك فإن هذا الاتجاه لم ينال من استقرار مبدأ دوليه العقد . ولكن ما هو معيار هذه الدوليه للتمييز بين العقود الدوليه والعقود الوطنيه .

وقد قضي بأن الطابع الدولي Caractere international للعقد هو شرط ضروري في العقد لإستطاعه المتعاقدين قانوناً ان يختاروا القانون الواجب التطبيق عليه[1] ولكن ما هو معيار الطابع الدولي في العقد الذي يحدد النطاق الموضوعي لتطبيق قانون الارادة ؟

يثور في الفقه اتجاهان رئيسيان[2] يري احدهما في توافر الطابع الدولي في العقد متي تتضمن عنصراً أجنبياً سواء تعلق هذا العنصر بمحل ابرامه ، او بمكان تنفيذه او بموضوعه ، او بأطرافه

(1) Cass . com. 19 Janvier 1976 : Rev. crit . 1977 P.503 note BATIFFOL ; J.C.P 1977-2-18630 noteHANINE .

(2) راجع رسالة الدكتور أحمد عبد الكريم تنازع القوانين في القروض الدوليه ، باريس ١٩٨١ ص ٢٠ ومابعدها .

وذلك هو المعيار القانوني ورأي ثان يري في الطابع الدولي للعقد متي تجاوزت اثاره الاقتصادية حدود الاقتصاد الوطني لاكثر من دوله في اطار التجارة الدوليه وذلك هو المعيار الاقتصادي .

أولاً : المعيار القانوني :

وفقا للمعيار القانوني le critere Juridique يعتبر العقد عقداً دولياً فيما لو اتصلت احد عناصره القانونيه بأكثر من نظام قانوني[1] وعناصر العقد ثلاث اطرافه ، او محله ، او الواقعه المنشئه له وقد اخذ الفقه التقليدي بمفهوم جامد للمعيار القانوني، بحيث يعد تطرق الصفه الاجنبيه الي عنصر من عناصر العقد مؤديا الي اعتباره ذات طابع دولي [2]

وعلي ذلك يعتبر العقد دولياً اذا كان اطرافه او احدهما اجنبياً او لو كان المال محل التعاقد كائناً في دوله اجنبيه او كان العقد قد ابرم او نفذ في غير دوله القاضي [3]

وقد راي جانب من الفقه الحديث ، بحق ، ان الاخذ بالمعيار القانوني اذا طبق بصفه جامده يمكن ان يؤدي الي نتائج غير مقبولة كأن يعتبر العقد دولياً لمجرد انه حرر علي ورق من

---

(1) د . أحمد عبد الكريم قانون العقد الدولي ، الطبعه الاولي ، دار النهضه العربيه ص ١٨٤

(2) BATIFFOL : Traite …. , 1959 , no 681

(3) Jean Michel Jacquet , le contrat international P.6

انتاج مصنع في دولة اجنبيه [1] ٠

لذلك يري هذا الفريق من الفقه ضرورة التمييز بين عناصر العقد الي عناصر فاعله او مؤثره وعناصر غير فاعله او محايده [2] ، والعناصر الفاعله او المؤثره هي التي يترتب علي نعتها بالدولية او الصفه الأجنبية تحريك بعض القواعد القانونية التي اعدت خصيصاً لحكم العلاقات الدولية بحيث تتعدي نطاق القانون الداخلي ، وترتبط بأنظمة قانونية اخري ٠

اما العناصر غير الفاعله او المحايده في العقد ، فهي التي لا يكون لاتصافها بالدولية او الصفه الأجنبية اثراً في نطاق نظام قانوني بل ستعتبر من العلاقات الوطنيه [3]٠

وجدير بالاشارة ان وصف عناصر العقد بانها فاعله ومؤثرة اوغياب هذا الوصف بوصفها غير مؤثرة او محايدة لا اثر له علي وجود العقد واركانه ولكن الاثر يتعلق بتكييف العقد انه

---

(1) هشام صادق – المرجع السابق ٠٠ص ٧٥ ٠

(2) انظر El-KOSHERIE : La notion de contrat international , these, Rennes, 1962. P.537 .

وأيضاً الدكتور احمد القشيري : الاتجاهات الحديثه في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية : المجله المصرية للقانون الدولي ، المجلد (٢١) سنة ١٩٦٥ ، ص ٧٥ ٠

(3) انظر ALFONSIN :Contribution a L`etude de la relation juridique en droil international prive , T.I,Melanges Maury, 1960 ,PP 27 -37 .

دولياً او وطنياً ، وهو وصف نسبي يختلف باختلاف الرابطه التعاقدية فالجنسيه الأجنبية للمتعاقدين لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود البيع وهي غير ذلك في مسائل الأحوال الشخصيه ، كذلك محل تنفيذ العقد ، واختلاف موطن المتعاقدين من العناصر المؤثره في عقود البيع وكشف نسبية الطابع للدولي لالعقد تختلف باختلاف العلاقه محل النزاع فابرام عقد بيع سياره فرنسيه في مصر بين تاجر مصري معرض لبيع السيارات ومستثمر مصري هو عقد محلي ولا اثر للصفه الأجنبية لمحل العقد اما دعوي المسئولية عن عيوب الصناعه عن نفس السياره فالعنصر الاجنبي لمحل التنفيذ في هذا الفرض مؤثر ويضفي علي الرابطة العقديه الطابع الدولي بشأن مسئولية الشركه الأجنبية المنتجة للسياره ، ويثير تنازعاً في القانون الواجب التطبيق امام ا القاضي الوطني الذي طرحت عليه دعوي الضمان [1].

الدولية الموضوعيه والدوليه الشخصيه :

ويذهب رأي[2] الي ان الاعمال الصحيح للمعيار القانوني لدولية العقد لا يقوم فقط علي التفرقه بين عناصره المؤثره وعناصره المحايده ، وانما يقتضي ايضاً التفرقه بين الدولية المطلقه

---

(1) هشام صادق – المرجع السابق ص ٧٩ .

(2) هشام صادق – المرجع السابق – ص ٨٣ ،٨٤ .

والدوليه النسبيه لروابط العقد •

وفكرة الدولية المطلقه او الموضوعيه والدوليه النسبيه او الشخصيه قال بهما الأستاذ الفرنسي M.pierre Mayer [1] وعنده ان العلاقه القانونية تتسم بالدولية الموضوعية فيما لو اتصلت عناصرها الذاتيه بدولتين او اكثر وذلك بصرف النظر عن الدولة التي طرح النزاع امام محاكمها •

ودولية العلاقه القانونية تكون شخصيه او نسبيه اذا كانت عناصر هذه العلاقه تتركز في دوله واحده بينما طرح النزاع بشأنها امام قضاء دولة اخري •

ويذهب الرأي [2] الي ان الدولية الموضوعيه التي تتصف بها العلاقه القانونية هي التي تكفي لاضفاء الطابع الدولي المتطلب للرابطة العقديه كشرط لاعمال قاعدة التنازع التي تخضع بمقتضاها هذه الرابطة لقانون الارادة ، اما الدولية الشخصيه او النسبيه فلا تضفي الطابع الدولي علي الرابطه العقدية لان الرابطة العقديه تنتمي بعناصرها الذاتيه لنظام قانوني واحد •

ويذهب رأي [3] وبحق الي ان هذا التمييز لا يدل علي

---

(1) Mayer (pierre) , Droit international prive , 4 en edition , Paris 1991 , No5 p. 11 - 12

(2) هشام صادق – المرجع السابق ص ٩٠ •

(3) منير عبد المجيد – تنازع القوانين في علاقات العمل الفرديه ص ٢١ •

فائدة حقيقيه ، ونضيف الي انه يعتبر ، في رأينا ، مصادرة علي المطلوب لان الدولية هي شرط لاعمال قاعدة التنازع علي هذه الرابطة ، والمعيار القانوني كاشف لهذه الدولية وعلي ذلك فاشتراط الدوليه ، واخيراً فاما توافر صفة الدولية بمعني اتصال العلاقه القانونية باكثر من نظام قانوني اولا دولية وانحصار العلاقه القانونية داخل نظام قانوني وعلي ذلك فوصف الدولية بالموضوعيه او الشخصيه لا اثر له علي وجودها والاثار المترتبه علي هذا الوجود في العلاقه القانونية ٠

ثانياً : المعيار الاقتصادي

ظهر المعيار الاقتصادي كمعيار لدولية العقد في احكام محكمة النقض الفرنسيه ، ويري الفقه الفرنسي ان اول حكم اشار الي ذلك المعيار في قضية Pelissier Du basset [1] وجاء في الحكم عباره ان العقد يكون دولياً اذا تميز بحركه مد وجزر عبر الحدود :

" il fant que le contrat produise, comme un mouvement de flux et de reflux au dessus des frontieres, des consequences reciproques

(1) Pelissier du Besset v. Societe The Algiers Land & warehouse. Cass.civ.17 mai1927 ,Clunet,1928 ,p.419 , D.,1928 ,pp.1-25, note de H.CAPITANT. Voir sur ce point: P.LEREBOURS-PIGEONNIERE, " A propos du contrat international " Clunt, 1951 ,pp.4-28.

dans un pays et dans l`autre" .

وفي قضية Mardele et Dambricourt [1] أعطت محكمة النقض الفرنسيه تعريفاً اقتصادياً للعقد حتي يكون عقداً دولياً بأنه ذلك العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية

" met en jeu des interet de commerce international " .

وصدرت العديد من الاحكام الفرنسيه تأخذ بالمعيار الاقتصادي [2].

إلا انه يلاحظ ان بداية من حكم :

L`arret Soc Imex v soi PAZ Malteria Adriatica et Malteria Tirena

بدأت تشير احكام النقض الفرنسيه بوضوح الي العنصر الاجنبي في العقد واتصاله بأكثر من نظام قانوني للإعتراف بدوليته مع الاشاره الي مصالح التجارة الدوليه فقد ايدت محكمة النقض الفرنسيه احكام الاستئناف التي اعترفت بالطبيعه الدوليه

---

(1) Civ.19 fevrier 1930 et 27 janvier 1931, S., 1933.1.41, note J.P. NIBOYET,Rev.crit.DIP ,1931 , P.514.Aussi, J. BEGUIN, L`arbitrage commercial international Centre de recherche en droit international prive et compare du Quebec. Montreal,1987,pp.81-94.

(2) Paris,10 avril 1957.J.C.P. 1957, II,10078, note H. MOTULSKY, Colmar, 29 nov.1968 , J.C.P. 1970 .II.16246 , note B. OppETIT et P.LEVEL , Rev. crit. DIP,1968,p.149 ; Paris.20 juin 1969, Rev.crit.DIP,1969,P.738, note E. MEZGER.D.,1970 ,Som.33.Clunet, 1971 ,P.118,note B. OPPETIT , Clunet,1977,p.341,note B. OPPETIT.

لاتفاق تحكيم يتعلق بتنفيذ عقود موضوعها تصدير شعير لصناعة البيرة من فرنسا الي ايطاليا والبائع شركة فرنسيه ومقرها فرنسا الي شركات ايطالية مركزها ومقر ادارتها في ايطاليا مع الاشاره في الحكم الي مصالح التجارة الدولية [1].

اما الاتجاه الحديث في القضاء الامريكي فانه يقرن او يجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي وذلك في حكم L`arret Zapata et sherk ويؤكد علي ذلك الاستاذ Delaume بقوله[2]:

"On the economic side. The factors to be considered are the particular transnational nature of the services rendered or the agressive economic penetration of new fields "of activites by one of the partners.

وفي حكم أمريكي آخر Pioner properties Inc.v. Martin, قضت محكمة كانساس istrict court- Kansas بتوافر الطبيعه الدوليه للعقد الذي يتعلق بمشروع استثماري مشترك بين مدع في كندا وبيع ممتلكات في كندا [3].

اما المشرع الفرنسي فقد اخذ بالمعيار الاقتصادي في نطاق

(1) Cass,18 mai 1971. clunet.1972.p. 63.
(2) G. DELAUME " what is an international contract ?28, International and Comparative Law Quarterly,(1979),p.269.
(3) 557 F.Sepp.135 c.(d.Kans.1983) .

التحكيم فالماده ١٤٩٢ مـن قـانون المرافعـات الفرنسـيه تـنص " يكون التحكيم دولياً اذا تعلق بمصالح التجاره الدولية " ٠

اما بالنسبه للبيع الدولي للبضائع فيري الفقه ان السائد هو المعيار القانوني وذلك هو اتجاه القضاء

يـري الاسـتاذ Batiffol [١] ان العقـد يكـون دوليـاً اذا اتصل باكثر من نظام قانوني من حيث ابرامه او تنفيـذه او جنسـية اطرافه او محل اقامتهم او تركيز موضوعه ٠

يردد نفس المعني :Mr louis lucas [٢] ٠

وذلك هو المعيار القانوني الذي اخذت به بصـفه اساسـيه اتفاقية روما ١٩٨٠ واتفاقيات لاهاي وذلك ما سنعرض له ٠

ثالثا : ضابط الدولية في اتفاقية لاهاي١٩٨٦ :

نصت الماده الأولي من اتفاقية لاهاي علي انه : تحـدد هـذه الاتفاقية القانون الواجب التطبيق علي عقود بيع البضائع :-

بين اطراف توجد اماكن عملهم في دول مختلفه ٠

في جميع الحالات التي يوجد فيها تنازعاً بين قـوانين تلـك الدول الا اذا كان هناك اتفاقاً مكتوباً بين اطـراف العقـد باختيـار

---

1 Rep. Dalloz, Droit international ,voir:" Contrats et conventions " no9.

(2) LOUIS-LUCAS, " Portee de la distinction entre droit prive interne et droit international prive" Clunet, 1962,p.884.

القانون الواجب التطبيق حتي لو كان هـذا الاتفـاق عنـد اختيـار المحكمه او هيئة التحكيم ٠

ويلاحظ ان اتفاقية لاهاي تبنت المعيـار القـانوني فقـط في توافر الطابع الدولي في العقد الدولي للبضـائع واعتـدت بـالعنصر الاجنبي في العقد متمثلاً في وجود مركز اعـمال اطـراف العقـد في دول مختلفه ، ولم تأخذ في الاعتبـار جنسـية الأطـراف ولا الصـفه المدنية او التجارية للأطراف ايضاً لم تأخذ في الاعتبـار محـل ابـرام العقد او محل تنفيذه ٠

وجدير بالاشاره هنـا الي نـص المـادة ١٤/ ٢ مـن اتفاقيـة لاهاي سـنة ١٩٨٦ والتـي تـنص عـلي أنـه :" اذا لم يكـن لاحـد الاطـراف مركـز اعـمال Place of business وجـب الأخـذ بمكان اقامته العاديه habitul residence ٠

وعلي ذلك فمعيار الدولية وفقـاً لحكـم المـادة الأولي مـن اتفاقية لاهاي ١٩٨٦ هو اتصال العقد بأكثر مـن نظـام قـانوني او بتعبير آخر ارتباطه باكثر مـن دولـة ، ولم تشـترط م١ مـن اتفاقيـة لاهاي ١٩٨٦ ان تكون هذه الدول متعاقدة عـلي خـلاف نـص م ١/ ١ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ التي تشترط ان يكـون مركـز اعـمال المتعاقدين في دول متعاقدة ٠

كذلك أكدت نص م ١ فقره ب من اتفاقية لاهاي ١٩٨٠

ان اختيــار المتعاقــدين لقــانون معــين وخضــوعهم الاختيــاري لاختصاص قاضي او محكم معين لا يكفي لاضفاء صـفة الدوليـة علي العقد وهو ماسبق ان نصت عليه م ١ / ٤ من اتفاقيـة لاهـاي لسنة ١٩٥٥ في شأن البيـوع الدوليـة للبضـائع ومـا ذهبـت اليـه العديد من احكام القضاء الفرنسيه [1].

ونخلص من ذلك أن معيـار الدوليـه وفقـاً لحكـم المـاده الأولي من اتفاقيه لاهاي ١٩٨٦ هو اتصال العقد بأكثر مـن نظـام قانوني او بتعبير آخر ارتباطه باكثر من دولة ٠

وذلك هو نفس المعيـار الـذي نصـت عليـه اتفاقيـه فيينـا ١٩٨٠ في مادتها الأولي ، وبمراجعة نص المادة الأولي مـن اتفاقيـة لاهاي ١٩٨٦ يتبين انه توجد حالتان تتحقق بهما الدوليه وهما :-

الحللـة الأولي : لبـرام العقـد بـين اطـراف توجـد امـاكن عملهم في دول مختلفه : مثال ذلك ان يقع البيع بـين مشـتر توجـد منشآته في الأرجنتين " دولة صدقت علي الاتفاقية " وبائع توجـد منشآته في هولندا " دولة وقعت علي الاتفاقية " وتطبـق الاتفاقيـه في هذا الفرض دون اعتبار لما تقضي به قاعدة في قـانون القـاضي ،

(1) محكمة استئناف Rouen ٢٧ نوفمبر ١٩٨٦ ، Rev - ARB ١٩٨٧ ص ٣٢٩ حيث قررت المحكمه انه لايجوز اعتبار التحكيم – وبالتالي العقد محل النزاع – دولياً لمجرد ان الاطراف قد اتفقوا علي تطبيق قانون اجنبي في شأنه .

حتي لو نصت هذه القاعدة بتطبيق قانون دولة اخري •

الحاله الثانيه : في جميع الحالات التي يوجد فيها تنازعاً بين قوانين دول مختلفه مالم يكن هذا التنازع ناشئاً فقط عن اتفاق بين اطراف العقد باختيار القانون الواجب التطبيق حتي لو كان هذا الاتفاق عند اختيار المحكمه أو هيئة التحكيم •

ووفقاً لذلك النص يتوقف تحديد دولية العقد علي قواعد القانون الدولي الخاص في دولة القاضي ، لانها هي التي ستحدد انه يوجد تنازع بخصوص العقد المطروح امامها وماهو القانون الواجب التطبيق •

وفي رأينا ان هذا النص معيب من ناحيتين : -

انه يفتح نطاق تطبيق الاتفاقيه لبعض عقود البيع الدوليه دون ان يحدد معياراً محدداً للدوليه مما يفتح مجال التحكم واختلاف الاحكام في مسألة تتعلق بالتكييف الذي سيخضع لقانون القاضي •

يجعل نطاق تطبيق احكام الاتفاقية علي العقد الدولي متوقفا علي نصوص قواعد التنازع الوطنيه التي تختلف من دوله لاخري في نفس النزاع المتعلق بذات العقد الدولي الذي سيخضع لاحكام الاتفاقية اذا عرض امام قاضي تقضي قواعد التنازع في قانونه الاشاره الي قانون دوله متعاقده باعتباره القانون الواجب

التطبيق ، ويختلف الحل اذا عرض امام قاضي في دولة اخري لا تشير قواعد التنازع في قانونه الي قانون دولة اخري

ولعل مايخفف من اثر ذلك النص ، استدراك نص الماده ٢١/ أ من اتفاقية لاهاي بالنص علي انه" يجوز لاي دولة ان تعلن وقت التوقيع او التصديق ، او القبول ، او الموافقه ، او الانضمام علي الاتفاقيه ان تعلن انها تتحفظ :

انها لن تطبق احكام الاتفاقية في الحالات المشار اليها في الفقره الفرعيه ب من المادة الأولي "٠

ومعني هذا التحفظ ان الدول التي تصدر مثل هذا الاعلان لا تلتزم بتطبيق الاتفاقية الا اذا كانت منشآت اطراف البيع موجودة في دول مختلفة ٠

ويجب ان يكون اختلاف اماكن منشآت البيع لاطراف العقد الدولي واضحا لا ابهام فيه ، ويتحقق هذا الوضوح اما من العقد ذاته ، كما لو كان وارداً فيه أماكن منشأت الاطراف ، واما من المعاملات السابقه بين المتعاقدين ، او في المعلومات المتبادلة في مرحلة التفاوض او اثناء انعقاد العقد ٠

فاذا احاط الغموض بهذا العنصر الأساسي لتوافر صفة الدولية لالعقد يجب استبعاد العقد من نطاق تطبيق الاتفاقية لفقدان عنصر الدولية الذي اعتمدته الاتفاقية ٠

وقد تصدت المحكمه الفيدراليه بفلوريـدا في ٢٢ نـوفمبر ٢٠٠٢ لهذه المسأله[1] بمناسـبة دعـوي رفعتهـا ثـلاث شركـات " شركة اسـبانيه " امـبليس " وشركـة ارجنتينيـه " بسـيار" وشركـة امريكية " امبلس الولايات المتحدة " ضد شركة كنديـة " بسـيون تكلوجيكس " وكان موضوع الدعوي عدم اعتداد المدعون بعقـد ابرمتـه المـدعي عليهـا مـع شركـة انجليزيـه في لنـدن في شـهر سـبتمبر ٢٠٠٠ بمقتضـاه تنازلـت عـن عقودهـا ببيـع منتجـات الكمبيـوتر وتوزيعهـا في امريكـا اللاتينيـه لصـالح الشركـة الانجليزية ٠

واعتبر المدعون ان ذلك العقد يمثل خرقاً للعقد المـبرم في ٢١ يونيه ٢٠٠٠ بينهم وبين المدعي عليها ببيع وتوزيـع منتجـات الكمبيوتر ٠

وما يهمنا في هذه الدعوي هو حكم المحكمه الذي تصدي مباشرة لمسألة دولية العقد واعتـداده بالمعيـار القـانوني عـلي نحـو صريح وظاهر حيث قررت المحكمه :" لا يلتفت الي كـون مركـز اعمال الاطراف توجد في دول مختلفه اذا لم يبين ذلـك في العقـد او من أي معاملات سابقه بين الاطراف او في المعلومـات التـي ادلي

(1) U.S.District court for southern district of florida , cass no.oi-7541-civ-Zloch,22 nov .2002 http: //www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases 2/021122ul html.

بها الاطراف قبل انعقاد العقد او في وقت انعقاده "٠

وبناء عليه حكمت المحكمه بعدم خضوع العقد موضوع الدعوي لاتفاقية فيينا لعقود البيع الدولية للبضائع لتخلف شرط الدولية وفقاً لاحكام الاتفاقية ٠

وعلي ذلك فانه وفقاً لنص م ٢١/ أ من اتفاقية لاهاي ١٩٨٦ يترتب علي أستعمال ذلك التحفظ نتيجتان :-

الأولي : استبعاد تطبيق نص المادة ١/ ب من الاتفاقية ٠

الثانيه : ان الدوله التي قررت التحفظ سيخضع تقدير توافر الدولية في العقد وفقاً لمفهومها السائد في نظامها القانوني والذي يلتزم به قضاءها مالم يكن للأطراف اماكن عمل في بلاد مختلفه ٠

وفي هذه الحاله تقرر اتفاقية لاهاي ان الدوليه لا تقرر فقط علي مجرد اختيار الاطراف لقانون واجب التطبيق حتي لو كان هذا الاتفاق مصاحباً لشرط باسناد الاختصاص القضائي او شرط تحكيمي ٠

القسم الثاني

القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر منازعات التجارة الإلكترونية

تتعدد صور منازعات التجارة الإلكترونية فيما يتعلق بموضوع العلاقة العقدية ، ويتصور نشوء النزاع في جميع ما يتعلق بالعقد الإلكتروني الدولي ، ولكن يمكن تحديد أكثر المسائل آثاره للنزاع من واقع الحالات القضائية التي نظرت أمام القضاء المقارن في مجال الإنترنت والتجارة الإلكترونية بما يلي :

١- المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية واستخدامها كأسماء نطاقات أو مواقع على الإنترنت .

٢- المنازعات المتعلقة ببطلان وعدم قانونية العقود الإلكترونية المبرمة عن طريق الشبكة .

٣- المنازعات المتعلقة بالشروط التعسفية وغير القانونية الواردة ضمن النماذج العقدية الإلكترونية .

٤- المنازعات المتعلقة بحجية أو صحة أو سلامة الرسائل الإلكترونية ، وإصدارها وتلقيها ومواعيد حصول ذلك ، وما يتصل بها من دفوع قانونية تتمحور حول عدم قانونية الرسائل أو

تفسيرها .

٥- المنازعات المتعلقة بتنفيذ أطراف العقد لالتزاماتهم واتصال التنفيذ بالمسائل ذات البعد التقني .

٦- المنازعات المتعلقة بعمليات التسليم المادي للبضائع والتنفيذ الفعلي للخدمات خارج الخط .

٧- المنازعات المتعلقة بخطأ الجهات الوسيطة أو مسئولياتها أو تقوف تنفيذ الالتزامات وتأثيرها على العلاقة بين الطرفين محل النزاع .

٨- المنازعات المتعلقة بعمليات الدفع النقدي الإلكتروني أو وسيلة الدفع والبطاقات المالية وغيرها .

٩- المنازعات المتعلقة بحماية الملكية الفكرية وعقودها ورخصها.

وتثور هذه المنازعات لأن مجال الإنترنت الذي يضم أفرادًا ودولاً ومؤسسات وشركات عملاقة تتبادل علاقات يومية ينشأ من خلالها حقوق والتزامات يتصور أن يكون ميدانًا رحبًا للدفع في أي نزاع بعدم اختصاص المحكمة التي تنظر النزاع أو

التنازع في القانون المتعين تطبيقه على النزاع .

ونتاجًا لما سبق فقد ظهر اتجاهان في الفقه في تقدير قدرة القواعد القانونية في التجارة التقليدية للتصدي للنزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية ومدى ملاءمتها لها :

الاتجاه الأول : ويرى أصحاب هذا الاتجاه ملائمة وصلاحية القواعد القانونية التقليدية لحل المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية وعدم الحاجة لإصدار قوانين وتنظيمات تخص التجارة الإلكترونية كونها أي التجارة الإلكترونية ليست إلا طريقة من طرق إبرام العقود الدولية والتي تخلص فى الإيجاب والقبول وإبرام العقد وتنفيذه مما يتوافق مع عناصر القاعدة القانونية في التجارة التقليدية كما أن القول بعدم مقدرة القوانين والأنظمة الوطنية على حل المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية يمكن أن يكون صحيحًا في الماضي حيث كانت توجد بعض القوانين والتشريعات ذات الطابع البدائي التي لا تواكب مقتضيات وحاجات التجارة الدولية ، أما في الوقت المعاصر فقد قامت معظم الدول بتحديث قوانينها على نحو يتلائم مع ما

تتطلبه التجارة الدولية المعاصرة[1].

الاتجاه الثاني : ويرى أصحاب هذا الاتجاه الحاجة إلى التمييز بين عقود التجارة الدولية التي يتم إبرامها بالطرق التقليدية وبين عقود التجارة الإلكترونية ، ففي العقود التقليدية يتم إبرام العقد في حضور كل من طرفية أو من يمثلهما قانونًا حيث يتم تبادلا الإيجاب والقبول ويتم الاتفاق على كافة المسائل المتعلقة بالعقد بما فيها مسألة القانون واجب التطبيق ومسألة تحديد المحكمة المختصة بنظر ما قد ينشأ عن تنفيذ العقد من منازعات ، وفي هذا النوع يكون تطبيق القوانين الوطنية أمرًا مبررًا ، كما يكون اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع مفهومًا ومتصورًا .

أما التجارة الإلكترونية والتي يتم فيها إبرام العقد بإحدى الوسائل الإلكترونية فإن الأمر وفقًا لهذا الرأي – مختلف تمامًا- ذلك أن تبادل المعلومات عبر شبكة الاتصال الإلكترونية يتم في الحال وبطريقة آلية ، ويكفي مجرد ثوان لتحميل الشبكة بالمعلومات المراد بثها ، وفي الحال يصبح العرض متاحًا أمام جميع

---

(1) منازعات التجارة الإلكترونية ، يونس عرب المحامي .

مستخدمي الشبكة ، ونتيجة لذلك فإن المعلومات والسلع والخدمات التي تبث عبر الشبكة لا تتقيد بالحدود بل لا وجود لها ولا اعتبار[1]، ولهذا يشبهها البعض بمنطقة المياه الدولية التي لا تخضع لسيادة دولة معينة على وجه التحديد .

ولذا شكل مؤتمر Hague عام ١٩٩٧م لجنة خاصة وضعت مسودة ميثاق ينظم مسائل الاختصاص والأحكام الأجنبية في ميدان العلاقات المدنية والتجارية ، وقد لاحظت اللجنة لدى إعدادها مسودة الاتفاق أن هناك مسائل تختلف ما بين التجارة التقليدية والإلكترونية ، تستوجب إيلاء التجارة الإلكترونية أهمية خاصة ، وهو مما أدى إلى إسناد هذه المسائل إلى اجتماع الخبراء الذي استضافته الحكومة الكندية في شباط ٢٠٠٠م لمناقشة الاختصاص الدولي بنظر المنازعات التجارية الإلكترونية[2].

---

(1) التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية للمحامي عمر حسن مؤمني (٤٢) التجارة الإلكترونية ، لكوكيك نوتس (٤٤) عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص للدكتور أشرف وفا محمد (٢٠٦).

(2) منازعات التجارة الإلكترونية ، للمحامي يونس عرب (١٣) .

كما أن فرنسا قد قامت بصياغة العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين والذي تم اعتماده من مكتب غرفة التجارة والصناعة في باريس في ٣٠ إبريل ١٩٩٨ واللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في ٤ مايو ١٩٩٨م[١]، وبذلك يظهر أن الاتجاه الدولي يقر بخصوصية التجارة الإلكترونية من حيث آليات فض تنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين .

وسنعرض في هذا القسم الدراسة ما هو القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية ، وما هي المحكمة المختصة.

---

(1) النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، للدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي (١٦٤) .

فهرس الموضوعات